

COTE BARCO, GUSTAVO EMILIO, "La responsabilidad por el mando en el Acuerdo de Paz firmado por el Gobierno Colombiano y las FARC-EP: un análisis sobre la base del caso Bemba de la Corte Penal Internacional", *Nuevo Foro Penal*, 92, (2019)

La responsabilidad por el mando en el Acuerdo de Paz firmado por el Gobierno Colombiano y las FARC-EP: un análisis sobre la base del caso Bemba de la Corte Penal Internacional*

Responsibility for leadership in the Peace Agreement signed by the Colombian Government and the FARC-EP: an analysis based on the Bemba case of the International Criminal Court

GUSTAVO EMILIO COTE BARCO**

Fecha de Recepción: 08/11/2018 - Fecha de aceptación: 07/04/2019

DOI: 10.17230/nfp.15.92.4

Resumen

El presente trabajo discute las normas que en Colombia se han expedido en desarrollo del Acuerdo de Paz firmado por el Gobierno Colombiano y el grupo guerrillero FARC-EP, en las que se regula la responsabilidad de jefes militares por los crímenes cometidos por sus subordinados. El objetivo es plantear algunas reflexiones sobre el sentido de estas normas, teniendo como punto de referencia el caso Bemba, resuelto en junio de 2018 por la Cámara de Apelaciones de la Corte Penal Internacional. El autor sostiene que ninguna de estas normas sobre responsabilidad del mando puede fundamentar

autónomamente la responsabilidad penal y, por esta razón, aún es necesario acudir o bien al derecho penal colombiano ordinario o al internacional. Dichas normas deberían facilitar la articulación entre estos dos ámbitos. Sin embargo, ellas presentan varias dificultades interpretativas y no resuelven las tensiones que con relación a este tema existen entre estos niveles normativos.

Abstract

This article discusses the rules on command responsibility issued within the implementation of the Peace Agreement between the Colombian Government and the guerrilla group FARC-EP. The objective is to analyse the meaning of those rules, considering the judgment of the Appeals Chamber of the International Criminal Court in the Bemba case, decided in June 2018. This text argues that those rules on command responsibility cannot be an independent basis for criminal liability, and therefore, applying the ordinary Colombian Criminal Law or International Criminal Law is still necessary. Those rules on command responsibility should facilitate the articulation of the international and domestic levels. However, they generate some interpretive difficulties and exacerbate the tensions on this topic between these two normative levels.

Palabras clave

Responsabilidad por el mando, Acuerdo de Paz, Colombia, caso Bemba, Estatuto de Roma.

Key words

Command responsibility, Peace Agreement, Colombia, Bemba case, Rome Statute.

Introducción

Tal vez uno de los temas que, desde el punto de vista jurídico penal, más interés ha despertado en Colombia con ocasión del Acuerdo de Paz (en adelante el Acuerdo), firmado por el Gobierno Colombiano y el grupo guerrillero Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia-Ejército del Pueblo (FARC-EP),¹ ha sido el de

1 * Este artículo hace parte del proyecto de investigación "Implementación del Estatuto de Roma en Colombia: encuentros y divergencias entre el derecho penal nacional y el internacional", el cual se enmarca en la línea sobre Derecho Penal y Criminología del grupo de investigación en Justicia Social, Teoría Jurídica General y Teoría Política, de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá.

** Profesor Asociado, Departamento de Derecho Penal, Facultad de Ciencias Jurídicas, Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá. Doctor en Derecho (Dr. jur.) y Magister Legum (LL.M.) de la Georg-August-Universität Göttingen, Alemania. Magister en Derecho con énfasis en ciencias penales y

la responsabilidad por el mando (o responsabilidad del superior jerárquico), tanto de miembros de la Fuerza Pública como de dicho grupo insurgente.² Durante las negociaciones que se llevaron a cabo en La Habana (Cuba) se discutió intensamente al respecto y desde varios sectores sociales se llamó la atención sobre la necesidad, por un lado, de cumplir con los “estándares” internacionales en esta materia, como, por otro lado, de brindar un mínimo de seguridad jurídica,³ sobre todo a los agentes del Estado, con relación a las condiciones bajo las cuales éstos podrían ser declarados penalmente responsables por crímenes atroces en la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP).⁴ Como resultado, en el Acuerdo se incluyeron dos disposiciones: el numeral 44

criminológicas de la Universidad Externado de Colombia. Especialista en Instituciones Jurídico-Penales de la Universidad Nacional de Colombia. Abogado de la Pontificia Universidad Javeriana. Contacto: gcote@javeriana.edu.co

La versión final se firmó el 24 de noviembre de 2016, ver Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera, en: <http://www.altocomisionadoparalapaz.gov.co/procesos-y-conversaciones/Documentos%20compartidos/24-11-2016NuevoAcuerdoFinal.pdf> (última consulta: 8 de mayo 2019).

- 2 La responsabilidad por el mando en casos distintos a los de superiores militares, regulada, por ejemplo, en el art. 28 (b) ER, no se aborda en este trabajo, dado que ésta no se trata explícitamente en el Acuerdo, lo cual se puede problematizar ver OLASOLO, HÉCTOR; CANOSA, JANNLUCK, “La Responsabilidad del Superior en el Acuerdo de Paz en Colombia a la luz del Derecho Internacional”, en *Política criminal*, Vol. 13, N° 25, Julio de 2018, p. 492), y que su análisis exigiría abordar aspectos dogmáticos que superan sus límites (al respecto ver TRIFFTERER, OTTO; ARNOLD, ROBERTA, “Article 28”, en Triffterer/Ambos (ed.), *The Rome Statute of the International Criminal Court. A Commentary*, München, C.H. Beck y otras, 2016, pp. 1101-1103.). La Corte Constitucional colombiana, al estudiar la constitucionalidad del ER, afirmó que la responsabilidad del mando referida a superiores civiles “fue autorizad[a] por el Acto Legislativo No. 02 de 2001 para los casos que lleguen al conocimiento de la Corte Penal Internacional”, ver Corte Constitucional, sentencia C-578 del 30 de julio de 2002, apartado V., num. 4.19. (3).
- 3 En este sentido Corte Constitucional, sentencia C-674 del 14 de noviembre de 2017, apartado IV., num. 4.7.3.8., p. 238; sobre estas discusiones ver Rodrigo Uprimny, “Responsabilidad del mando y JEP: un debate complejo y polarizado”, en portal de noticias La Silla Vacía, 27 de febrero de 2017, en: <https://lasillavacia.com/blogs/responsabilidad-del-mando-y-jep-un-debate-complejo-y-polarizado-59906> (última consulta: 8 de mayo de 2019); también “Los generales temen a la JEP”, en Revista Semana, 25 de febrero de 2017, en: <https://www.semana.com/nacion/articulo/proceso-de-paz-militares-temen-ser-juzgados-en-la-jep/516654> (última consulta: 8 de mayo de 2019).
- 4 En el Acuerdo se previó la creación de una jurisdicción especial, como parte del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición —el cual también lo integra una Comisión de la Verdad y una Unidad de Búsqueda de personas desaparecidas—. Esta jurisdicción se encarga de juzgar a quienes hayan cometido crímenes graves —como crímenes de lesa humanidad o de guerra—, relacionados directa o indirectamente con el conflicto armado, y frente a los cuales no procedan beneficios como la amnistía, el indulto o la renuncia a la persecución penal. Aquí existe la posibilidad de que miembros de las FARC, de la Fuerza Pública e incluso “terceros civiles” acepten su responsabilidad por este tipo de crímenes y, dependiendo del momento en que lo hagan, estarán sujetos a una sanción con contenido reparador o a una sanción privativa de la libertad. Ver, por

del acápite 5.1.2 (Justicia) sobre responsabilidad del mando en casos de agentes del Estado⁵ y el numeral 59 del mismo apartado para integrantes de las FARC.⁶

La implementación de estas disposiciones no ha tenido lugar en un solo momento, sino que se ha hecho paulatinamente, vale decirlo, de forma poco sistemática. De todas maneras, esta es la primera vez que en el ordenamiento jurídico colombiano se hace alusión expresamente a este tipo de responsabilidad.⁷ En el Acto Legislativo (AL) 01 del 4 de abril de 2017, mediante el cual se incluyeron en la Constitución Política de Colombia varias disposiciones transitorias dirigidas a dar cumplimiento a lo acordado en La Habana y, por decirlo de alguna manera, se le dio vida jurídica a la JEP, se hizo referencia a la responsabilidad por el mando, pero, curiosamente, solo con relación a miembros de las Fuerza Pública —ya no con relación a agentes del Estado en general—.⁸ Así, en el art. transitorio 24 se retomó lo dispuesto en el numeral 44 del acápite sobre Justicia del Acuerdo, pero se adicionaron algunos criterios más o menos específicos, los cuales deberán ser tenidos en cuenta en la JEP para establecer en cada caso si existió “mando y control efectivo del superior militar o policial sobre los actos de sus subordinados”.⁹ En cambio, la responsabilidad

ejemplo, art. 23, 30 y 46 Ley 1820 de 2016 o Ley de Amnistía; art. transitorio 5 y ss. introducidos en la Constitución Política por el Acto Legislativo (AL) 01 de 2017; apartado 5.1.2., sobre “Justicia”, en el Acuerdo. En detalle, sobre la Ley de Amnistía, ver AMBOS; COTE (ed.), *Ley de Amnistía. Comentario completo y sistemático (Ley 1820 de 2016)*, Bogotá, Temis, 2019.

5 Ver Acuerdo, Op. cit., p. 152.

6 Ibíd., p. 164.

7 A excepción de algunos documentos de política pública sobre las Fuerzas Militares y el respeto a los derechos humanos, ver en este sentido OLÁSOLO, HÉCTOR; CANOSA, JANNLUCK, cit., pp. 481 ss.

8 En el Acuerdo se diferencia entre agentes del Estado, como género, y miembros de la Fuerza Pública, como especie, ver Acuerdo, cit., p. 149; también art. transitorio 17 AL 01 de 2017.

9 El art. transitorio 24 AL 01 de 2017 establece lo siguiente: “Responsabilidad del mando. Para la determinación de la responsabilidad del mando, la Jurisdicción Especial para la Paz aplicará, en el caso de los miembros de la Fuerza Pública, el Código Penal colombiano, el Derecho Internacional Humanitario como ley especial, y las reglas operacionales de la Fuerza Pública en relación con el DIH siempre que ellas no sean contrarias a la normatividad legal.

La determinación de la responsabilidad del mando no podrá fundarse exclusivamente en el rango, la jerarquía o el ámbito de jurisdicción. La responsabilidad de los miembros de la Fuerza Pública por los actos de sus subordinados deberá fundarse en el control efectivo de la respectiva conducta, en el conocimiento basado en la información a su disposición antes, durante, o después de la realización de la respectiva conducta, así como en los medios a su alcance para prevenir que se cometa o se siga cometiendo la conducta punible, siempre y cuando las condiciones fácticas lo permitan, y de haber ocurrido, promover las investigaciones procedentes.

Se entenderá que existe mando y control efectivo del superior militar o policial sobre los actos de sus subordinados, cuando se demuestren las siguientes condiciones concurrentes: a) Que la conducta

por el mando de miembros de las FARC aparece regulada en el art. 67 del proyecto de ley estatutaria de la JEP (LE-JEP),¹⁰ aprobado en conciliación por las dos cámaras legislativas en noviembre de 2017, el cual, no obstante, aún no ha entrado en vigencia.¹¹ Pues bien, a diferencia de lo ocurrido con relación a los miembros de la Fuerza Pública, en el art. 67 del proyecto de LE-JEP solo se reprodujo lo dicho en el Acuerdo de Paz (numeral 59, acápite 5.1.2.) y no se incluyeron criterios adicionales que permitieran desarrollar algún elemento de este tipo de responsabilidad.

Tanto el art. transitorio 24 AL 01 de 2017 como el art. 67 del proyecto de LE-JEP dejan abiertos varios interrogantes. Pero hay dos aspectos en especial que tendrán que ser definidos por los magistrados de la JEP y sobre los cuales aquí se quiere llamar la atención. Se trata, por un lado, de la naturaleza misma de estas dos disposiciones, dado que ninguno de estos dos cuerpos normativos constituye una regulación penal de carácter sustancial, de manera que no es claro si ellas pueden por sí solas fundamentar jurídicamente la declaración de responsabilidad por el mando sin acudir al Código Penal Colombiano (CPC) o al derecho internacional, y, por otro lado, del significado de los elementos o condiciones que se deben cumplir para realizar una imputación con fundamento en esta figura.

o las conductas punibles hayan sido cometidas dentro del área de responsabilidad asignada a la unidad bajo su mando según el nivel correspondiente y que tengan relación con actividades bajo su responsabilidad; b) Que el superior tenga la capacidad legal y material de emitir órdenes, de modificarlas o de hacerlas cumplir; c) Que el superior tenga la capacidad efectiva de desarrollar y ejecutar operaciones dentro del área donde se cometieron los hechos punibles, conforme al nivel de mando correspondiente; y d) Que el superior tenga la capacidad material y directa de tomar las medidas adecuadas para evitar o reprimir la conducta o las conductas punibles de sus subordinados, siempre y cuando haya de su parte conocimiento actual o actualizable de su comisión”.

- 10 Según el art. 67 del proyecto de LE-JEP: “[l]a responsabilidad de los mandos de las FARC-EP por los actos de sus subordinados deberá fundarse en el control efectivo de la respectiva conducta, en el conocimiento basado en la información a su disposición antes, durante y después de la realización de la respectiva conducta, así como en los medios a su alcance para prevenirla, y de haber ocurrido adoptar las decisiones correspondientes. La responsabilidad del mando no podrá fundarse exclusivamente en el rango o la jerarquía.

Se entiende por control efectivo de la respectiva conducta, la posibilidad real que el superior tenía de haber ejercido un control apropiado sobre sus subalternos, en relación con la ejecución de la conducta delictiva, tal y como se establece en el derecho internacional”, ver Gaceta del Congreso, año XXVI, No. 1109, 28 de noviembre de 2017, Bogotá D.C.

- 11 La Corte Constitucional declaró que el proyecto de LE-JEP se ajusta a la Constitución Política en la sentencia C-080 del 15 de agosto de 2018. Sin embargo, posteriormente el Presidente de Colombia, Iván Duque, presentó seis objeciones a dicho proyecto, razón por la cual este regresó al Congreso de la República para una nueva discusión. En el momento de la preparación final de este documento no ha sido resuelto si las objeciones presentadas por el Gobierno son procedentes o no. En todo caso, ninguna de ellas versa sobre el art. 67.

El presente trabajo busca, por consiguiente, exponer algunas reflexiones que permitan aclarar el sentido y alcance de estas dos normas, pero sobre todo del art. transitorio 24 AL 01 de 2017, debido a que, al haberse regulado con mayor detalle, la responsabilidad del mando de miembros de la Fuerza Pública genera mayores interrogantes. Para esto, se tomará como punto de referencia en particular el caso Bemba, resuelto en junio de 2018 en segunda instancia por la Corte Penal Internacional (CPI).¹² Este caso es de especial relevancia para la discusión colombiana, dado que una de las preocupaciones expresadas, incluso por la Fiscalía de la CPI o *Office of the Prosecutor* (OTP), durante el proceso de paz, tenía que ver precisamente con la compatibilidad de las disposiciones del Acuerdo sobre responsabilidad del mando —y, posteriormente, de las normas que han desarrollado este tema—,¹³ con el art. 28 del Estatuto de Roma (ER). El caso Bemba es paradigmático para Colombia, no solamente por ser el primer caso en el que la CPI se pronuncia sobre esta forma de responsabilidad, sino, además, porque en él se discutieron algunas opiniones de la OTP que habían servido de fundamento para las críticas que dicho órgano planteó en su momento frente al proceso de paz colombiano. De hecho, en la decisión de la Cámara de Apelaciones, mediante la cual Bemba fue absuelto, la CPI adoptó un enfoque que podría ser calificado como *estricto*, el cual llama la atención sobre la rigurosidad con la que se deben probar los elementos de esta forma de responsabilidad y sobre la precisión que debe existir al definirse en qué consistió la omisión, en concreto, que se reprocha al acusado.

El argumento general que aquí se quiere desarrollar puede ser explicado de la siguiente manera: ni el art. transitorio 24 del AL 01 de 2017 ni el art. 67 del proyecto

12 CPI, Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo (No. ICC-01/05-01/08 A), Appeals Chamber, Judgment on the appeal of Mr Jean-Pierre Bemba Gombo against Trial Chamber III's "Judgment pursuant to Article 74 of the Statute", 8 de junio de 2018; al respecto ver SADAT, LEILA, "Fiddling While Rome Burns? The Appeals Chamber's Curious Decision in Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo", en *EJIL TALK! Blog of the European Journal of International Law*, 12 de junio de 2018, en: <https://www.ejiltalk.org/fiddling-while-rome-burns-the-appeals-chambers-curious-decision-in-prosecutor-v-jean-pierre-bemba-gombo/> (última consulta: 8 de mayo de 2019); también Ambos, Kai, "La absolución de Jean Pierre Bemba y la responsabilidad del Superior", en *Semana online*, 15 de junio de 2018, en: <https://www.semana.com/opinion/articulo/la-absolucion-de-jean-pierre-bemba-y-la-responsabilidad-del-superior-columna-de-kai-ambos/571182> (última consulta: 8 de mayo de 2019).

13 Ver OTP, Escrito de *amicus curiae* de la Fiscal de la Corte Penal Internacional sobre la Jurisdicción Especial para la Paz Ante la Corte Constitucional de la República de Colombia, 18 de octubre de 2017, párr. 4 ss., en: <http://cr00.epimg.net/descargables/2017/10/21/17135b6061c7a5066ea86fe7e37ce26a.pdf?int=masinfo> (última consulta: 8 de mayo de 2019); sobre las críticas de la OTP al proceso de Paz y la relevancia del caso Bemba para Colombia ver AMBOS, KAI, "La absolución de Jean Pierre Bemba y la responsabilidad del Superior", cit.

de LE-JEP pueden constituir fundamento directo y autónomo de una imputación penal; estas dos normas deberían entenderse, por consiguiente, más bien como un punto de conexión entre el derecho penal nacional y el internacional. Reconociendo que estos dos ámbitos normativos regulan los mismos supuestos fácticos, pero de diferentes maneras, las disposiciones del Acuerdo de Paz y sus desarrollos deberían estar llamados a hacerlos compatibles, definiendo criterios de interpretación de la legislación interna conforme al derecho penal internacional (DPI). Sin embargo, estas dos disposiciones, pero especialmente el art. transitorio 24, presentan diferentes dificultades interpretativas y no resuelven las tensiones que con relación a este tema existen entre el derecho penal colombiano y el internacional, a pesar de coincidir en algunos puntos importantes con ellos, lo cual enfrenta a la JEP a un difícil dilema.

La exposición se dividirá entonces en dos partes. En primer lugar, se explicará en qué consiste la responsabilidad por el mando como forma de imputación desarrollada en el DPI; para esto, con el fin de mostrar el desarrollo de esta figura, en cuanto responsabilidad penal por omisión, se presentarán las definiciones normativas que se han dado en el derecho internacional y, posteriormente, para explicar sus elementos, se expondrán los aspectos del caso Bemba que son relevantes para la discusión colombiana. En segundo lugar, se analizará la responsabilidad por el mando en el derecho penal colombiano, para lo cual se realizarán algunas consideraciones sobre la naturaleza jurídica del art. transitorio 24 AL 01 de 2017 y del art. 67 del proyecto de LE-JEP. En este contexto se explicará por qué resultaría problemático aceptar que éstas son normas penales sustanciales aptas para fundamentar autónomamente la responsabilidad penal individual, sobre todo a luz de los principios de legalidad y culpabilidad; a partir de allí, se contrastarán los criterios previstos en dichas normas con los elementos de esta forma de responsabilidad en el DPI, especialmente como fueron interpretados en el caso Bemba, así como con la legislación penal colombiana. El objetivo es identificar coincidencias y contradicciones entre estos dos ámbitos. Finalmente, se presentarán las conclusiones de estas reflexiones, planteando la pregunta sobre la utilidad tanto del art. transitorio 24 AL 01 de 2017 como del art. 67 del proyecto de LE-JEP.

1. La responsabilidad por el mando en el derecho penal internacional

En este apartado se explicará en qué consiste la responsabilidad por el mando, para resaltar el hecho de que se trata de una forma de responsabilidad penal por omisión, es decir, por el incumplimiento de deberes propios de los superiores jerárquicos. Para esto, se presentarán brevemente las distintas definiciones normativas que sobre esta figura se han dado en el derecho internacional y, posteriormente, se expondrán los aspectos del caso Bemba de la CPI que son relevantes para la discusión colombiana.

1.1. La responsabilidad por el mando como forma de responsabilidad penal por el incumplimiento de deberes

La responsabilidad penal por el mando constituye un tipo de responsabilidad, en la que se imputa a quien tenga posición de mando en una relación de subordinación —generalmente militar— los crímenes (internacionales) cometidos por los subordinados. Sin embargo, ésta no se trata de una forma de responsabilidad vicaria, en la que se impone una sanción a una persona por un hecho ajeno.¹⁴ El fundamento de la responsabilidad por el mando es, por el contrario, la conducta omisiva misma del superior.¹⁵ Esto quiere decir, más concretamente, que el fundamento de la responsabilidad radica en estos casos en el incumplimiento de deberes específicos, que se encuentran en cabeza de los superiores jerárquicos o jefes militares.¹⁶ Los deberes que éstos deben cumplir con relación, por ejemplo, a las tropas que están bajo su mando, y cuyo incumplimiento puede generar responsabilidad penal, así como los supuestos o elementos que se deben constatar para la atribución de responsabilidad han sido definidos en el derecho internacional al menos de tres maneras distintas. La primera de estas definiciones se encuentra en los art. 86 (2) y 87 (1) del Protocolo Adicional (PA) I a los Convenios de Ginebra.¹⁷

De acuerdo con el art. 86 (2) PA I, el hecho de que la infracción de los Convenios de Ginebra o del mismo Protocolo haya sido cometida por un subordinado no puede eximir de responsabilidad penal o disciplinaria a sus superiores, siempre que se

14 En este sentido ver ROBINSON, DARRYL, “How Command Responsibility got so Complicated: a Culpability Contradiction, its Obfuscation, and a Simple Solution”, en *13 Melbourne Journal of International Law* 1, 2012, p. 9; sobre vicarious liability ver JEREMY HORDER, *ASHWORTH’S Principles of Criminal Law*, Oxford, Oxford University Press, 2016, pp. 167-168.

15 Ver AMBOS, KAI, *Treatise on International Criminal Law*. Volume I: Foundations and General Part, Oxford, Oxford University Press, 2013, pp. 197-199.

cumplan dos condiciones: (i) que éstos supieran o poseyeran “información que les permitiera concluir, en las circunstancias del momento, que ese subordinado estaba cometiendo o iba a cometer tal infracción”; y (ii) que no hubieran tomado “todas las medidas factibles que estuvieran a su alcance para” impedirla o reprimirla.¹⁸ A su turno, el art. 87 (1) PA I define más concretamente los deberes de los “jefes militares” frente “a los miembros de las fuerzas armadas que están a sus órdenes y a las demás personas que se encuentren bajo su autoridad”.¹⁹ Según esta disposición, los superiores tienen tres deberes específico: (i) *impedir* las infracciones a los CG y al PA I, así como (ii) *reprimir* y en caso necesario (iii) *denunciar* dichas infracciones. El incumplimiento de cualquiera de estos tres deberes (impedir, reprimir y denunciar), al no tomarse “todas las medidas factibles”, de acuerdo con esta disposición, debería dar lugar a responsabilidad penal o disciplinaria. El compromiso de los Estados parte del PA I, de acuerdo con estas dos normas, es entonces perseguir (penal o disciplinariamente) a los superiores militares cuando se cumplan estos requisitos.²⁰

En los art. 7 (3) del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia (TPIY) y 6 (3) del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR) se previó nuevamente esta figura, pero con una formulación diferente. En primer lugar, en este contexto la responsabilidad del superior jerárquico no está referida solamente a las violaciones de los CG y del PA I, sino, de manera más general, a todos los crímenes de competencia de estos tribunales: crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad y genocidio.²¹ Adicionalmente, se previó como elemento subjetivo el hecho de que el superior hubiera tenido razones para saber de la comisión de los crímenes (*had reason to know*), lo cual fue interpretado en varias ocasiones en línea con lo dispuesto en el art. 86 (2) PA I, es decir, exigiendo que el superior tuviera a su disposición un mínimo de información —por ejemplo, sobre la comisión de crímenes en el pasado—. ²² En tercer lugar, estos estatutos exigen que

18 Al respecto ver SANDOZ, YVES; SWINARSKI, CRISTOPHE; ZIMMERMANN, BRUNO(ed.), *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*, Geneva, Martinus Nijhoff Publishers, 1987, Article 86. Failure to act, párr. 3525 ss.

19 *Ibíd.*, Article 87. Duty of commanders, párr. 3549 ss.

20 *Ibíd.*, Article 86. Failure to act, párr. 3540 ss.

21 Sobre el TPIY ver United Nations, Security Council, Report of the Secretary-General pursuant to paragraph 2 of the Security Council Resolution 808 (1993), 3 de mayo de 1993, S/25704, párr. 33-49; sobre TPIR ver United Nations, Security Council, Report of the Secretary-General pursuant to paragraph 5 of the Security Council Resolution 955 (1994), 13 de febrero de 1995, S/1995/134, párr. 11 ss.

22 En este sentido ver TPIY, Prosecutor v. Zejnil Delalić et al. (Case No.: IT-96-21-T), Trial Chamber,

los superiores hayan tomado todas las medidas “necesarias y razonables” (*necessary and reasonable*) para dar por cumplidos los deberes mencionados arriba, precisando así la idea de “todas las medidas factibles” prevista en el PA I.²³

Una tercera definición de los supuestos que permiten establecer la responsabilidad de los superiores militares por las conductas de los subordinados se encuentra en el art. 28 del ER. En el art. 28 (a) ER se reguló la responsabilidad penal de superiores militares, mientras que en el art. 28 (b) ER se hizo referencia expresa a la responsabilidad penal de superiores, pero frente a relaciones de subordinación distintas a las que trata el apartado (a), es decir frente a casos de superiores no militares –o civiles–. Respecto de la responsabilidad de superiores militares, desde el punto de vista objetivo, el art. 28 (a) ER incluyó los elementos “mando y control efectivo” y “autoridad y control efectivo”, los cuales no se encontraban en las definiciones anteriores. Además, se adicionó la expresión “en razón de” (*as a result of*), a partir de la cual, como se verá más adelante, se ha dicho que debe existir algún tipo de relación de causalidad entre la omisión del superior y los crímenes cometidos por los subordinados.²⁴ Por otro lado, desde el punto de vista subjetivo, el art. 28 (a) ER establece como estándar mínimo el haber debido saber (*should have known*), el cual contrasta con la expresión “*had reason to know*” incluida en los estatutos de los tribunales *ad hoc*.²⁵ Por lo demás, también en el art. 28 (a) ER se califican las medidas que el superior debe tomar en cumplimiento de sus deberes

Judgement, 16 de noviembre de 1998, párr. 383 ss.; también TPIY, Prosecutor v. Milorad Krnojelac (Case No.: IT-97-25-A), Appeals Chamber, Judgement, 17 de septiembre de 2003, párr. 155; TPIY, Prosecutor v. Enver Hadžihanović Amir Kubura (Case No. IT-01-47-A), Appeals Chamber, Judgement, 22 de abril de 2008, párr. 23 ss.; al respecto ver MELONI, CHANTAL, “Mode of Liability for the Crimes of Subordinates or Separate Offence of the Superior?”, en *Journal of International Criminal Justice* 5, 2007, pp. 630-631; AMBOS, KAI (2013), cit., pp. 201-202.

23 Tanto el Estatuto del Tribunal Penal Especial para Sierra Leona –art. 6 (3)– como la Ley sobre las Cámaras Especializadas para Kosovo –art. 16 (1) (c)– siguen, al regular la responsabilidad del superior, a los estatutos de los tribunales *ad hoc*.

24 Al respecto ver ROBINSON, DARRYL, cit., pp. 12 ss.

25 La forma como fue prevista la responsabilidad del superior jerárquico en la Ley sobre las Cámaras Extraordinarias de las Cortes de Cambodia –art. 29, tercer párrafo– es más cercana a la definición del ER que a la de los tribunales *ad hoc*, ya que en dicha disposición también se habla de “*effective command and control or authority and control*”, aunque, desde el punto de vista subjetivo, se mantuvo el elemento “*had reason to know*”. La definición incluida en el Estatuto del Tribunal Especial para el Líbano también toma elementos del ER. El art. 2 (2) de este Estatuto habla, como lo hace el ER, de “*effective authority and control*”, pero, como elemento subjetivo, contiene la expresión “*consciously disregarded information that clearly indicated that [...]*”, la cual se puede reconducir al art. 86 (2) PA I y se encuentra prevista en el ER, pero en el art. 28 (b), es decir con relación a superiores no militares.

como “necesarias y razonables”.

Al observar las modificaciones que se han dado en las distintas definiciones hechas en el derecho internacional sobre la responsabilidad de los superiores jerárquicos, se encuentra que ha habido una tendencia a reconocer explícitamente que la sola posición de jerarquía no es suficiente para fundamentar la responsabilidad penal y que, además, se requiere que el superior haya tenido la posibilidad real de ejercer el mando sobre los perpetradores directos de los crímenes (control efectivo). Adicionalmente, en las definiciones posteriores al PA I se ha reconocido que la omisión no puede consistir en haber dejado de tomar cualquier tipo de medida; ni siquiera sería suficiente dejar de tomar las medidas que fueran “factibles”. Lo que se les exige a los superiores es tomar las medidas que resulten “necesarias y razonables”. Ahora, con relación al elemento subjetivo, si se observa el tránsito de la fórmula contenida en el PA I –“poseer información”– a la acogida en el ER –“hubiera debido saber”–, es posible observar que la tendencia ha sido hacer menos estricto este elemento. Es decir, mientras poco a poco se ha hecho más estricta la dimensión objetiva de la responsabilidad del superior, el lado subjetivo se ha flexibilizado, como se verá más adelante, al punto de aceptar la negligencia como estándar mínimo frente a superiores militares. Al respecto es posible afirmar, desde el punto de vista del principio de culpabilidad,²⁶ que la tendencia respecto de los elementos objetivos es positiva, mientras que la tendencia con relación al elemento subjetivo deja dudas importantes, sobre todo si se tiene en cuenta que, con fundamento en esta forma de responsabilidad, en el DPI los superiores responden por los crímenes que intencionalmente, de acuerdo con el art. 30 ER (se podría decir dolosamente, aunque el ER no utilice esta terminología), han cometido los subordinados.

1.2. Elementos de la responsabilidad por el mando según la Corte Penal Internacional: el caso Bemba y la necesidad de probar en concreto la omisión objeto de reproche

La CPI se pronunció en el caso de Jean-Pierre Bemba Gombo sobre la responsabilidad por el mando y los elementos o condiciones que se deben cumplir para que ésta pueda existir, claro está, con base en el art. 28 ER. Bemba, nacido en la República Democrática del Congo (RDC), era presidente del *Mouvement de libération du Congo* (MLC)²⁷ y al mismo tiempo comandante en jefe de su brazo armado, el

26 Sobre los problemas de esta forma de responsabilidad a la luz del principio de culpabilidad ver AMBOS, KAI (2013), cit., pp. 230-231; también ROBINSON, DARRYL, cit., pp. 9 y 12.

27 CPI, Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo (No.: ICC-01/05-01/08), Trial Chamber III, Judgment

Armée de libération du Congo (ALC).²⁸ En contra de Bemba se levantaron cargos por crímenes de lesa humanidad (asesinato, violación y tortura) y crímenes de guerra (asesinato, violación, tortura, ultrajes contra la dignidad personal y saqueo).²⁹ Estos crímenes fueron cometidos en la República Centro Africana (RCA) por miembros del ALC entre el 26 de octubre de 2002 y el 15 de marzo de 2003.³⁰ El 15 de junio de 2009 la Cámara de Cuestiones Preliminares II de la CPI confirmó cargos únicamente por asesinato y violación, tanto como crímenes de lesa humanidad como de guerra, y por saqueo. La modalidad de responsabilidad penal individual atribuida fue precisamente la de responsabilidad del superior, con base en el art 28 (a) ER. El 21 de marzo de 2016 la Cámara de Juzgamiento III declaró que Bemba era culpable de estos crímenes, al haber actuado efectivamente como comandante militar. Sin embargo, el 8 de junio de 2018 la Cámara de Apelaciones de la CPI absolvió a Bemba.

1.2.1. Elementos de la responsabilidad por el mando según la Cámara de Cuestiones Preliminares II

Los elementos necesarios para que exista responsabilidad del superior jerárquico fueron definidos en la decisión de confirmación de cargos por la Cámara de Cuestiones Preliminares II. La interpretación hecha por esta Sala no fue cuestionada ni por la Cámara de Juzgamiento ni por la de Apelaciones. De acuerdo con la Cámara de Cuestiones Preliminares II, para que exista responsabilidad penal con fundamento en el art. 28 (a) ER, se deben cumplir entonces cinco elementos: (i) el acusado debe haber sido jefe militar o debe haber actuado efectivamente como tal; (ii) también debe haber tenido mando y control efectivos (o autoridad y control efectivos) sobre las fuerzas que cometieron los crímenes; (iii) la comisión de los crímenes debe

pursuant to Article 74 of the Statute, 21 de marzo de 2016, párr. 1; el MLC fue fundado en 1998 por Bemba, como un grupo rebelde, para derrocar el gobierno de la RDC en Kinshasa y establecer un Estado democrático. Dicho grupo se convirtió en movimiento político a partir del acuerdo alcanzado en Lusaka en julio de 1999; sobre la fundación y estructura del MLC ver *ibíd.*, párr. 382 ss.

28 El ALC era una milicia armada que hacía parte del MLC y contaba aproximadamente con 20.000 soldados. Esta milicia tenía una estructura militar similar a la de cualquier ejército, subdividida en brigadas, batallones, compañías y pelotones; al respecto ver *ibíd.*, párr. 390 ss.

29 CPI, *Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo* (No.: ICC-01/05-01/08), Pre-Trial Chamber II, Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against Jean-Pierre Bemba Gombo, 15 de junio de 2009, párr. 127 ss., 270 ss.

30 CPI (2016), *cit.*, párr. 2; la operación realizada por las tropas del ALC en la RCA en este periodo se dio en apoyo al presidente de este país Ange-Félix Patassé, quien afrontaba una insurrección armada, al respecto ver *International Justice Monitor*: <https://www.ijmonitor.org/jean-pierre-bemba-gombo-background/> (última consulta: 8 de mayo de 2019).

haber sido resultado de no ejercer control apropiadamente; (iv) el acusado debe haber tenido conocimiento sobre la perpetración de los crímenes o, debido a las circunstancias del momento, debe haber sabido de su comisión; y (v) el acusado debe haber dejado de tomar las medidas necesarias y razonables que estaban en su poder y que hubieran permitido prevenir o reprimir la comisión de los crímenes o ponerlos en conocimiento de las autoridades competentes para su investigación y juzgamiento.³¹

Sobre cada uno de estos cinco elementos la Cámara de Cuestiones Preliminares II hizo varias precisiones, siguiendo en ocasiones lo dicho en la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc*. Con relación al primer elemento, la Cámara aclaró que la expresión “jefe militar” (*military commander*) se refiere a todas las personas que legal o formalmente hayan sido designadas para desempeñar funciones de mando en las fuerzas armadas,³² independientemente de su rango o nivel,³³ mientras que la expresión “el que actúe efectivamente como jefe militar” (*person effectively acting as a military commander*) se refiere a las personas que si bien no han sido designadas legalmente para realizar funciones de mando militar, lo hacen *de facto*, al ejercer control efectivo sobre un grupo de personas, a través de una cadena de mando—este sería el caso de grupos rebeldes o unidades paramilitares—. ³⁴ Pero claro, la posición de superior o jefe debe traer consigo la *posibilidad material* de ejercer el mando y de cumplir los deberes que corresponden a dicha posición (segundo elemento). Justamente a esto se refieren las expresiones “mando y control efectivo” y “autoridad y control efectivo”, las cuales, para la Cámara, no suponen grados distintos de control.³⁵

La capacidad material (*material ability*) de prevenir, reprimir o denunciar la comisión de los crímenes, aclara la Cámara, debe darse al menos en el momento en que éstos estaban a punto de cometerse (*at least when the crimes were about*

31 CPI (2009), cit., párr. 407.

32 *Ibíd.*, párr. 408.

33 *Idíd.*

34 *Ibíd.*, párr. 409; la Cámara sigue lo dicho, por ejemplo, en TPIY, Prosecutor v. Tihomir Blaškić (Case No. IT-95-14-T), Trial Chamber, Judgement, 3 de marzo de 2000, párr. 300; TPIY, Prosecutor v. Zlatko Aleksovski (Case No.: IT-95-14/1-T), Trial Chamber, Judgement, 25 de junio de 1999, párr. 76.

35 La Cámara de Cuestiones Preliminares II intenta establecer una diferencia al decir que “*effective authority may refer to the modality, manner or nature, according to which, a military or military-like commander exercise “control” over his forces or subordinates*”, mientras “*effective control is generally a manifestation of a superior-subordinate relationship between the suspect and the forces or subordinates in a de jure or de facto hierarchal relationship*”, CPI (2009), cit., párr. 413-414.

to be committed).³⁶ Éste es en todo caso un aspecto probatorio, el cual se puede inferir de diferentes tipos de factores. La Cámara, con base en la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc*,³⁷ enumera ocho factores, de los cuales se pueden resaltar, a manera de ejemplo, los siguientes cuatro: (i) la capacidad de ordenar a unidades bajo su mando directo o en niveles inferiores que participen en hostilidades; (ii) la capacidad de reubicar unidades o de realizar cambios en la estructura de mando; (iii) la capacidad para promover, reemplazar, remover o disciplinar a miembros de las fuerzas armadas; y (iv) la autoridad para enviar fuerzas al lugar en donde tienen lugar los enfrentamientos y de retirarlas en cualquier momento.³⁸ Para la Cámara, éste es un aspecto fundamental, puesto que no es posible demostrar que un jefe militar no ejerció control apropiadamente sobre sus tropas sin establecer que tenía control efectivo sobre ellas.³⁹ Una vez demostrado que un jefe militar habiendo tenido la capacidad material de ejercer control efectivo no lo hizo, se debe poder establecer que los crímenes cometidos por los subordinados son producto de dicha omisión.

El tercer elemento identificado por la Cámara de Cuestiones preliminares II es entonces el de la causalidad, el cual se deriva de la expresión “en razón de” (*as a result of*), prevista en el art. 28 (a) ER.⁴⁰ La Cámara hace al respecto dos precisiones. Por un lado, aclara que en principio este requisito se predica únicamente frente al deber de prevenir la comisión de los crímenes, puesto que los deberes de reprimir y denunciar surgen mientras los crímenes se cometen o cuando ya han sido cometidos —aunque es posible que el incumplimiento de estos deberes frente a crímenes ya cometidos estimule la comisión de nuevos crímenes, en cuyo caso sería posible hablar de causalidad entre la omisión del superior y éstos últimos—.⁴¹ Por otro lado, dado que en términos físicos es imposible que la omisión cause algo,

36 Ibid., párr. 419; en este punto la Cámara de Cuestiones Preliminares II también sigue la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc*, ver, por ejemplo, TPIY, Prosecutor v. Sefer Halilović (Case No. IT-01-48-A), Appeals Chamber, Judgement, 16 de octubre de 2007, párr. 59; TPIR, Prosecutor v. Théoneste Bagosora et al. (Case No. ICTR-98-41-T), Trial Chamber I, Judgement and Sentence, 18 de diciembre de 2008, párr. 2012.

37 Ver pies de página 540 a 546 en CPI (2009).

38 Ibid., párr. 417.

39 Ibid., párr. 422.

40 Este elemento no se encuentra en las definiciones de los estatutos de los tribunales *ad hoc* y fue rechazado en su jurisprudencia, ver TPIY (1998), cit., párr. 400: “*The very existence of the principle of superior responsibility for failure to punish demonstrates the absence of a requirement of causality as a separate element of the doctrine of superior responsibility*”; TPIY, Prosecutor v. Tihomir Blaškić (Case No.: IT-95-14-A), Appeals Chamber, Judgement, 29 de julio de 2004, párr. 76.

41 CPI (2009), cit., párr. 424.

la Cámara aclara que la pregunta debe ser si de haber cumplido con su deber, el superior hubiera evitado los crímenes, lo cual en todo caso no debe responderse con certeza; es suficiente demostrar que la omisión del superior incrementó el riesgo de perpetración.⁴²

Además de la relación objetiva de “causalidad”, para que sea posible responder por los crímenes cometidos por los subordinados, debe existir un nexo subjetivo entre dichos crímenes y la omisión del superior (cuarto elemento). Este nexo puede ser de dos clases. El superior debe haber tenido conocimiento real (*actual knowledge*) sobre la perpetración de los crímenes o debe ser posible afirmar que debía haberlo tenido (*should have known*), lo cual constituiría una forma de negligencia.⁴³ El conocimiento del superior no se puede presumir, por ejemplo, por el solo hecho de ser superior, aunque, es posible inferirlo mediante evidencia circunstancial de factores como el número de crímenes cometidos, el periodo durante el cual fueron cometidos, el número y tipo de fuerzas involucradas, los medios de comunicación disponibles, el *modus operandi*, el lugar de ocurrencia de los crímenes y el lugar en que estaba ubicado el superior en ese momento.⁴⁴ Por otro lado, la Cámara aclara que el elemento de negligencia sugiere que los superiores militares tienen el deber (activo) de tomar las medidas necesarias para conocer las actuaciones de sus subordinados, independientemente de la disponibilidad de información en el momento de la consumación de los crímenes —es decir que ellos deben buscar la información—. ⁴⁵ Si bien para la Cámara de Cuestiones Preliminares II éste es un estándar menos estricto que el contemplado en los estatutos de los tribunales *ad hoc* (*had reason to know*), los criterios definidos en dicho contexto son en todo caso útiles para la aplicación del art. 28 (a) ER.⁴⁶ En esta medida, aquí también sería pertinente preguntarse si existía información general que indicara la posible comisión de los crímenes —sin que este sea un requisito indispensable— y si dicha información sugería la necesidad de adelantar otras investigaciones.⁴⁷

La omisión del superior, como se mencionó en el apartado 1.1. de este trabajo, puede darse con relación a cualquiera de los tres deberes que le impone el derecho internacional (prevenir, reprimir, denunciar). De acuerdo con la Cámara de Cuestiones

42 Ibid., párr. 425.

43 Ibid., párr. 429.

44 Ibid., párr. 430-431.

45 Ibid., párr. 433.

46 Ibid., párr. 434.

47 Ibid.

Preliminares II, estos deberes pueden surgir en diferentes momentos (antes, durante y después de la perpetración de los crímenes) y exigir diferentes clases de medidas, de manera que la responsabilidad penal de los jefes militares se puede fundamentar en el incumplimiento de cualquiera de ellos.⁴⁸ Así, por ejemplo, el deber de prevenir surge antes de que los crímenes se cometan o mientras se están cometiendo y supone, como medidas para cumplir dicho deber, asegurarse de que las tropas tengan formación en derecho internacional humanitario (DIH), establecer mecanismos para recibir reportes sobre la manera como se conducen las operaciones militares, emitir órdenes dirigidas a asegurar el cumplimiento del DIH en dichas operaciones e incluso tomar medidas disciplinarias para prevenir la comisión de crímenes.⁴⁹ El quinto y último elemento para que exista responsabilidad del superior es entonces la no implementación de las medidas necesarias y razonables para cumplir los deberes mencionados. Las medidas enunciadas por la Cámara de Cuestiones Preliminares II son en todo caso ilustrativas y la misma Cámara precisa que éstas se deben establecer *en cada caso concreto, teniendo en cuenta lo que materialmente le era posible a cada superior, dependiendo, por ejemplo, del grado de control efectivo*;⁵⁰ es decir, el alcance de los deberes de prevenir, reprimir y denunciar es relativo, pues no es posible definirlo en abstracto y de manera general.

1.2.2. Condena de Bemba por parte de la Sala de Juzgamiento III

El 21 de marzo de 2016 la Cámara de Juzgamiento III de la CPI declaró que Bemba era penalmente responsable por los crímenes cometidos en la RCA por miembros del MLC.⁵¹ Para la Cámara, durante el tiempo que duró la operación desarrollada en dicho país, Bemba actuó como superior militar, dada su posición al interior de esta organización, a pesar de haber permanecido en la RDC.⁵² En su sentencia, la Cámara de Juzgamiento III diferencia entre el principio de “unidad de mando” y el elemento “control efectivo”, para decir que éste último no exige que el acusado haya sido el único superior responsable de las tropas.⁵³ En otras palabras, el “control efectivo” tendría que predicarse de una sola persona,⁵⁴ de manera que

48 Ibid., párr. 436.

49 Ibid., párr. 438.

50 Ibid., párr. 443.

51 Para la Cámara de Juzgamiento III es claro que la responsabilidad del superior jerárquico se basa fundamentalmente en el control que se ejerce sobre los subordinados, ver CPI (2016), cit., párr. 172.

52 Ibid., párr. 698.

53 Ibid., párr. 698.

54 Ibid., párr. 698.

la cooperación entre las tropas enviadas por Bemba y las autoridades de la RCA, según la Cámara de Juzgamiento III, no implicaron ningún tipo de cambio en la relación de subordinación ni que Bemba dejara de ejercer el mando.⁵⁵ Para soportar esta conclusión, la cámara tuvo en cuenta, por ejemplo, que Bemba continuaba representando al MLC, incluso ante Naciones Unidas,⁵⁶ y que mantenía poderes disciplinarios,⁵⁷ además de la autoridad para decidir sobre el retiro de las tropas, tal y como finalmente lo hizo.⁵⁸ Adicionalmente, para la Cámara, se logró probar más allá de toda duda razonable que Bemba tenía conocimiento sobre los crímenes cometidos, no solamente por haber conservado autoridad en temas operacionales, estratégicos, logísticos, financieros y disciplinarios,⁵⁹ sino también porque en ejercicio de su autoridad mantuvo comunicación directa con los oficiales del MLC y recibía informes de inteligencia.⁶⁰ Pero, además, la notoriedad de los crímenes y la existencia de información al respecto, proveniente, por ejemplo, de ONG's y medios de comunicación, permitían tener seguridad al respecto.⁶¹

En la decisión de la Cámara de Juzgamiento III se afirma también, que Bemba no tomó las medidas necesarias y razonables orientadas a evitar los crímenes, una vez éstos se comenzaron a cometer. Por medidas “necesarias” la Cámara entiende, siguiendo la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc*, aquellas medidas *apropiadas* para cumplir con las obligaciones respectivas, mientras que “razonables” serían las medidas que se encontraban dentro de las *posibilidades materiales* del superior.⁶²

55 Ibid., párr. 699.

56 Ibid., párr. 702.

57 Ibid., párr. 703.

58 Ibid., párr. 704; para la Cámara de Juzgamiento III, además de los factores indicados por la Cámara de Cuestiones Preliminares II para establecer la existencia de control efectivo (ver *supra supra* nota al pie 38), también se pueden tener en cuenta los siguientes elementos: (i) el acceso independiente a o el control que se tiene sobre medios para hacer la guerra; (ii) el control sobre las finanzas; (iv) la capacidad de representar al grupo ante órganos o instituciones externas; y (v) ser una persona que representa la ideología del grupo (CPI, *supra* nota al pie 27, párr. 188). Al mismo tiempo, la Cámara de Juzgamiento III menciona algunas circunstancias de las que se puede inferir la falta de control efectivo, como la existencia de otra autoridad exclusiva sobre las fuerzas en cuestión, el no cumplimiento de las órdenes dadas o una cadena de mando débil o disfuncional, CPI, *supra* nota al pie 27, párr. 190.

59 CPI (2016), cit., párr. 706.

60 Ibid., párr., 707-708.

61 Ibid., párr. 717.

62 Ibid., párr. 198.

Pues bien, el reproche de la Cámara no se soportó tanto en la inacción de Bemba, sino más bien en lo inadecuadas de las medidas efectivamente tomadas, ya que lo hecho por él, según la Cámara, no fue suficiente. De acuerdo con la Cámara de Juzgamiento III, la intención real de Bemba no fue evitar la perpetración de los crímenes, sino mejorar la imagen (internacional) de su movimiento.⁶³ En este sentido, las medidas tomadas por Bemba ante las denuncias de las que tuvo conocimiento no habrían sido “genuinas”.⁶⁴

En efecto, Bemba tomó varios tipos de medidas; por ejemplo, ordenó una investigación y conformó una comisión para este fin (*Mondonga Inquiry*).⁶⁵ También visitó en noviembre de 2002 la RCA y sostuvo reuniones con autoridades de dicho país, como el General Cissé y el Presidente Patassé.⁶⁶ Incluso, dio un discurso ante tropas del MLC llamando la atención sobre la necesidad de respetar la población civil.⁶⁷ Sin embargo, según la Cámara, estas medidas no respondían ni al tipo de información a disposición de Bemba ni a la magnitud de los crímenes.⁶⁸ Así, como resultado de la *Mondonga Inquiry*, solamente se juzgaron siete soldados de bajo rango por saquear bienes menores y pequeñas sumas de dinero.⁶⁹ Tampoco, afirmó la Cámara, hubo evidencia de que Bemba hubiera tomado acciones concretas como producto de sus comunicaciones con las autoridades de la RCA o que hubiera tomado medidas concretas con relación a sus tropas, más allá de realizar advertencias públicas y generales.⁷⁰ La Cámara afirma entonces que Bemba hubiera podido realizar investigaciones efectivas sobre oficiales de alto rango que comprendieran todos los crímenes de los que tuvo conocimiento;⁷¹ o que hubiera podido implementar estrategias reales para que los miembros del MLC tuvieran entrenamiento en DIH.⁷² Incluso, afirma la Cámara, Bemba hubiera podido ordenar que las operaciones militares se realizaran de otra manera, debido a que varios de

63 Ibid., párr. 728.

64 Ibid., párr. 727-728.

65 Ibid., párr. 719.

66 Ibid.

67 Ibid.

68 Ibid., párr. 726-727.

69 Ibid., párr. 720.

70 Ibid., párr. 721.

71 Ibid., párr. 729.

72 Ibid., párr. 729, 736.

los crímenes se cometieron en lugares en donde solo había población civil, y retirar las tropas de la RCA antes del momento en que efectivamente lo hizo.⁷³

1.2.3. Absolución de Bemba por parte de la Cámara de Apelaciones

Después de las conclusiones a las que llegó la Cámara de Juzgamiento III, el 8 de junio de 2018 la Cámara de Apelaciones de la CPI absolvió a Bemba. En términos generales afirma la Cámara de Apelaciones que en el fallo de primera instancia no se conectó ninguna de las medidas que supuestamente dejó de tomar Bemba con los crímenes efectivamente probados en el proceso.⁷⁴ El análisis de la Cámara de Apelaciones se centra entonces en los aspectos que en primera instancia se dejaron de probar. En otras palabras, la Cámara de Apelaciones reprocha a la Cámara de Juzgamiento III el haber fundamentado la condena en generalizaciones sobre lo que Bemba pudo haber hecho. En este sentido, la Cámara de Apelaciones recuerda que para establecer si un jefe militar tomó las medidas necesarias y razonables, se debe tomar en consideración qué medidas estaban realmente a su disposición en las circunstancias concretas del momento, lo cual depende, entre otros factores, de los crímenes efectivamente cometidos.⁷⁵ El superior no debe entonces haber tomado todas y cada una de las medidas imaginables a su alcance.⁷⁶ La razonabilidad de las medidas no se puede establecer, por consiguiente, en abstracto, sino a partir de la realidad operacional “*on the ground*”.⁷⁷ Incluso, los superiores podrían hacer un análisis de costo/beneficio, teniendo en cuenta el impacto de las medidas a tomar, y podrían optar por las medidas menos disruptivas, si éstas permitieran esperar que los crímenes se iban a prevenir.⁷⁸ De acuerdo con la Cámara de Apelaciones, no sería suficiente contraponer medidas que hipotéticamente se hubieran podido tomar con el hecho de que los subordinados cometieron crímenes en general.⁷⁹ Para fundamentar una condena con base en la posición de superior jerárquico, se debe entonces probar cuáles medidas, *específicamente*, y, de nuevo, *en concreto*, se podían implementar

73 Ibíd., párr. 740.

74 CPI (2018), cit., párr. 136.

75 Ibíd., párr. 168.

76 Ibíd., párr. 169.

77 Ibíd., párr. 170.

78 Ibíd., párr. 170.

79 Ibíd.

y no se implementaron, conectándolas claramente con los crímenes probados.⁸⁰ No le corresponde entonces al acusado demostrar que lo hecho por él fue adecuado.⁸¹

La Cámara de Apelaciones afirmó, con base en lo anterior, que en primera instancia no se tuvo en cuenta lo suficiente que las tropas del MLC se encontraban operando en un país extranjero, lo que implicaba para Bemba ciertas dificultades en el cumplimiento de sus deberes.⁸² Al ser un comandante remoto (*remote commander*), la habilidad de Bemba para investigar los crímenes era limitada, dado que esto dependía en buena parte de las autoridades centroafricanas –las comisiones de investigación instauradas tenían una composición binacional y afrontaban dificultados logísticas–.⁸³ Es decir, no solo la distancia geográfica entre Bemba y los subordinados afectó su posición de superior, sino también el hecho de que su autoridad sobre las tropas era compartida.⁸⁴ La visión de la Cámara de Juzgamiento III sobre la posición de mando de Bemba fue en este sentido poco realista.⁸⁵ Por otro lado, para la Cámara de Apelaciones, la supuesta motivación de Bemba también se valoró equivocadamente, ya que la intención de preservar la reputación del MLC no hace necesariamente que las medidas tomadas hayan sido menos razonables.⁸⁶ En primera instancia no se probó *concretamente* cómo dicha motivación afectó la necesidad y razonabilidad de las medidas tomadas por Bemba.⁸⁷ En resumen, la Cámara de Apelaciones resalta que la responsabilidad del superior, prevista en el art. 28 ER, no constituye una forma de responsabilidad objetiva (*strict liability*).⁸⁸

2. La responsabilidad por el mando en el ordenamiento jurídico colombiano

80 Ibid.

81 Ibid.

82 Ibid., párr. 171

83 Ibid., párr. 172; ver también párr. 180, aquí la Cámara de Apelaciones afirma que el desempeño inadecuado de las comisiones de investigación no es necesariamente atribuible al comandante que las estableció e identifica cuatro criterios para que fuera posible imputarle al superior el fracaso de estas comisiones.

84 Ibid., párr. 173.

85 Ibid.

86 Ibid., párr. 176-177.

87 Ibid., párr. 179.

88 Ibid., párr. 170.

A continuación se analizará la responsabilidad por el mando en el derecho colombiano, para lo cual se realizarán algunas consideraciones sobre la naturaleza jurídica del art. transitorio 24 AL 01 de 2017 y del art. 67 del proyecto de LE-JEP. En este contexto se explicará por qué resultaría problemático aceptar que éstas son normas penales sustanciales aptas para fundamentar autónomamente la responsabilidad penal individual, sobre todo a luz de los principios de legalidad y culpabilidad. Posteriormente, se contrastarán los criterios previstos en dichas normas con los elementos de esta forma de responsabilidad según el DPI —especialmente como éstos fueron interpretados en el caso Bemba— y con la legislación penal colombiana, con el fin de identificar coincidencias y contradicciones.

2.1. ¿Adopción en Colombia de la responsabilidad del mando a través del art. transitorio 24 del AL 01 de 2017 y del art. 67 del proyecto de LE-JEP?

Para entender la forma como el ordenamiento jurídico penal colombiano trata la responsabilidad por el mando de jefes militares, se debe preguntar, en primer lugar, cuál es la naturaleza del art. transitorio 24 del AL 01 de 2017 y del art. 67 del proyecto de LE-JEP. Si bien podría pensarse que la responsabilidad del mando como forma de atribución de responsabilidad penal se adoptó en este país mediante estas dos disposiciones, lo cierto es que las hipótesis fácticas que cubre esta figura en buena parte ya se encontraban cubiertas por diferentes normas del ordenamiento jurídico penal interno (ordinario).⁸⁹ Sin embargo, el tratamiento que el derecho penal colombiano da a todas estas hipótesis no siempre coincide con el internacional e incluso pueden darse situaciones que estarían cubiertas por este último ámbito, pero no por aquel. Por esta razón, la naturaleza que se le reconozca tanto al art. transitorio 24 AL 01 de 2017 como al art. 67 del proyecto de LE-JEP puede resultar en una ampliación o en una restricción de la punibilidad. En cualquiera de los dos casos la pregunta subsiguiente sería qué tanto coincide la regulación interna con la internacional o, más concretamente, con el art. 28 (a) ER, tal y como fue interpretado, por ejemplo, por la Cámara de Apelaciones de la CPI en Bemba.

Como se explicó en el apartado 1.1. de este trabajo, la responsabilidad por el mando constituye una forma de responsabilidad por omisión, según la cual los

89 Al respecto ver SUÁREZ, CARLOS, “Responsabilidad del superior en Derecho Penal Internacional y la posibilidad de aplicación en Colombia”, en *Derecho Penal Contemporáneo Revista Internacional* 54, enero-marzo de 2016, pp. 134 ss.; también COTE, GUSTAVO, “Responsabilidad del superior jerárquico y responsabilidad penal por omisión de miembros de la Fuerza Pública en Colombia: ¿convergencia entre el derecho penal nacional e internacional?”, en *International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional* 28, enero-junio de 2016, pp. 88 ss.

jefes militares responden por los crímenes cometidos por sus subordinados, de incumplir alguno(s) de los siguientes tres deberes: prevenir la comisión de dichos crímenes, sancionar –de ser posible– a quienes los cometen y/o denunciarlos ante las autoridades competentes. Pues bien, en Colombia, el tratamiento de la responsabilidad penal tendría que depender del deber que se incumpla –a pesar de que la Corte Suprema de Justicia recientemente afirmó que el art. 28 (a) ER hace parte integrante del derecho nacional.⁹⁰ Tratándose de superiores o jefes militares pertenecientes a la Fuerza Pública, de acuerdo con el art. 25 CPC, que hayan tenido “el deber jurídico de impedir un resultado perteneciente a una descripción típica y no lo llevare[n] a cabo, estando en posibilidad de hacerlo”, quedarán sujetos a la pena contemplada en la respectiva norma penal.⁹¹ Es decir, el incumplimiento del deber de prevenir los crímenes en el ordenamiento jurídico interno se debe tratar como un caso de omisión impropia o comisión por omisión, en el cual el resultado producido le es imputable a quien tenía el deber de evitarlo.⁹² En estos casos, se imputará el tipo penal (de resultado) correspondiente, el cual puede ser doloso o culposo –de existir–,⁹³ dependiendo de la modalidad de la conducta omisiva en el caso concreto. En cambio, si un superior militar no tenía “el deber jurídico de impedir” el resultado –es decir no se encontraba en posición de garante–, éste no le sería imputable. En estas situaciones, si lo que ha dejado de hacer el superior es sancionar o denunciar la comisión de los crímenes, se podría acudir a tipos penales de omisión propia, en donde se tipifique específicamente estas conductas, como ocurre, por ejemplo, con

90 Ver Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 5 de diciembre de 2018 (radicación: 50236), num. 2.2.3.6; esta providencia es muy problemática desde el punto de vista de fuentes del derecho, sobre todo por el alcance que se le da aquí al principio de integración (art. 2 CPC), lo cual, sin embargo, no se puede tratar, por razones de espacio, en este lugar.

91 Sobre posición de garante de miembros de la Fuerza Pública ver Corte Constitucional, sentencia SU-1184 del 13 de noviembre de 2001, apartado II., num. 17 ss.; también Corte Constitucional (2018), cit., p. 537; en general, sobre la posición de garante y el art. 25 CPC ver Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 9 de mayo de 2018 (radicación: 46263), Consideraciones de la Corte, num. 2; también VELÁSQUEZ, FERNANDO, *Fundamento de Derecho Penal Parte General*, Medellín, Ediciones Jurídicas Andrés Morales, 2017, pp. 422 ss.

92 Ver SUÁREZ, CARLOS, cit., pp. 134-135; COTE, GUSTAVO, cit., p. 89; PORTILLA, GUILLERMO, “Responsabilidad penal omisiva de los superiores jerárquicos en el Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera de 24 de noviembre de 2016 de Colombia”, en *Nuevo Foro Penal*, No. 28, enero-junio de 2017, pp. 123 ss. (exponiendo distintos enfoques dogmáticos); también Corte Constitucional (2017), cit., num. 5.5.1.9., p. 361.

93 Según el art. 21 CPC: “[l]a culpa y la preterintención sólo son punibles en los casos expresamente señalados por la ley”.

el tipo penal de abuso de autoridad por omisión de denuncia (art. 417 CPC).⁹⁴

Entre la forma como se trata el incumplimiento de los deberes de prevenir, reprimir y denunciar en el ordenamiento jurídico colombiano y el internacional se pueden advertir, en consecuencia, al menos tres diferencias importantes, sin perjuicio de que la omisión también pueda dar lugar a otros tipos de responsabilidad penal, como ocurre por ejemplo con la complicidad:⁹⁵ (i) en Colombia, solo el incumplimiento del deber de prevenir puede dar lugar a la imputación de los crímenes cometidos por los subordinados —ejemplo: tortura, homicidio, desplazamiento, etc.—,⁹⁶ mientras que en el derecho internacional, por ejemplo, según el art. 28 ER, el incumplimiento de cualquiera de los tres deberes conlleva a este resultado;⁹⁷ (ii) en Colombia, si el incumplimiento del deber de prevenir se da culposamente, al superior solo se le podrá imputar el tipo penal respectivo de existir en dicha modalidad, como ocurre, por ejemplo, con el homicidio, pero, en la medida en que no existe modalidad culposa de tipos penales como la desaparición forzada, la tortura o el desplazamiento forzado —los cuales, de cumplir con el elemento contextual definido en el art. 7 (1) ER, configurarían crímenes de lesa humanidad—, la conducta omisiva (culposa) del superior sería atípica, mientras que en el derecho internacional, al menos en el ER, el incumplimiento culposo del deber de prevenir los crímenes no sería obstáculo para imputar al superior los crímenes efectivamente cometidos por los subalternos;⁹⁸ y (iii) en Colombia, el incumplimiento culposo de los deberes de reprimir o denunciar

94 En estos casos también podrían ser relevantes los tipos penales de prevaricato por omisión (art. 414 CPC) y favorecimiento (art. 446 CPC), al respecto ver SUÁREZ, CARLOS, cit., p. 135; COTE, GUSTAVO, cit., pp. 91-94; ver igualmente PORTILLA, GUILLERMO, cit., pp. 140-143 (sugiriendo la creación en Colombia de nuevos delitos de omisión propia que se ajusten específicamente a la responsabilidad del superior). En sentido similar ver Corte Constitucional (2018), cit., p. 540.

95 Ver SUÁREZ, CARLOS, cit., p. 135 (sobre la posibilidad de que el superior actúe como cómplice, por ejemplo, al omitir medidas represivas); COTE, GUSTAVO, cit., pp. 92-83 (sobre el superior como cómplice cuando el incumplimiento del deber de reprimir estimula la comisión subsiguiente de crímenes).

96 El incumplimiento de los deberes de reprimir y/o denunciar por sí mismo no genera en Colombia responsabilidad penal por los crímenes cuya comisión no se castigó o denunció, sino solo por el hecho mismo de la omisión, siempre que exista un tipo penal omisivo en el que se pueda subsumir la conducta del superior, tal y como ocurre, como se ha dicho aquí, con el tipo penal de omisión de denuncia, *supra* nota al pie 94.

97 Sin perjuicio de la discusión sobre el nexo causal; es decir, si, de acuerdo con el ER, para que exista responsabilidad del superior, el incumplimiento de los deberes de reprimir y denunciar debe contribuir a la comisión de crímenes subsiguientes. Al respecto ver TRIFFENER, OTTO, "Causality, a Separate Element of the Doctrine of Superior Responsibility as Expressed in Article 28 Rome Statute?", en *Leiden Journal of International Law* 15, 1, 2002, pp. 203-202.

98 Ver SUÁREZ, CARLOS, cit., pp. 135-136; COTE, GUSTAVO, cit., p. 90.

también sería atípico, debido a que los tipos penales de omisión propia relevantes en estos casos son dolosos, mientras que en el DPI esta circunstancia tampoco impediría que el jefe militar fuera responsable por los crímenes cometidos intencionalmente por los subordinados.⁹⁹ Estas diferencias se deben tener en cuenta para reflexionar sobre el rol que el art. transitorio 24 AL 01 de 2017 —o el art. 67 del proyecto de LE-JEP— debe o puede cumplir en el ordenamiento jurídico colombiano. Para esto, es posible tomar como punto de partida, adicionalmente, lo dicho al respecto por la Corte Constitucional.

En la sentencia C-674 de 2017, mediante la cual se estudió la constitucionalidad del AL 01 de ese mismo año, la Corte Constitucional se refirió al art. transitorio 24. Con relación a la responsabilidad por el mando, la Corte realiza dos consideraciones conectadas entre sí que dan pistas sobre la naturaleza de esta disposición. En primer lugar, para la Corte, desde la perspectiva interna las normas (penales) internacionales en sí mismas no permiten fundamentar la atribución de responsabilidad penal directamente a nivel nacional, pues dichas normas constituyen mandatos de criminalización dirigidos a los Estados que éstos pueden implementar a través de sus propias categorías, para lo cual tienen, además, un cierto margen de decisión de acuerdo con las exigencias de cada sistema jurídico.¹⁰⁰ En segundo lugar, y como consecuencia de lo anterior, los supuestos que cobija la doctrina de responsabilidad del mando se deben tratar en el derecho interno a través de las formas de imputación de responsabilidad admisibles en el CPC y que la doctrina y la jurisprudencia nacionales han adoptado y desarrollado.¹⁰¹

Esta posición de la Corte permite plantear dos reflexiones adicionales. Por un lado, en principio, para la Corte, no sería problemático que en Colombia no sean punibles —o que no lo sean de la misma manera— todos los supuestos que cubre la doctrina de responsabilidad del superior a nivel internacional. Por otro lado, cabría entonces preguntarse si el art. transitorio 24 AL 01 de 2017 y el art. 67 del proyecto de LE-JEP constituyen normas de carácter penal, al menos desde el punto de vista de su contenido, mediante las cuales se acogió una forma específica de atribución de responsabilidad penal —distinta a las ya existentes— y, en consecuencia, si éstas tendrían un ámbito de aplicación propio, siguiendo, por ejemplo, al art. 28 (a) ER, incluso cobijando supuestos no cubiertos por las formas tradicionales de imputación de

99 Ver SUÁREZ, CARLOS, cit., pp. 135-136; COTE, GUSTAVO, cit., p. 93-94; con relación al elemento subjetivo previsto en el art. 28 (a) (i) ER ver *supra* nota al pie 43.

100 Ver Corte Constitucional (2017), cit., num. 5.5.1.9., pp. 361-363.

101 *Ibíd.*

responsabilidad penal aceptadas en el derecho nacional, o, más bien, si dichas normas, desde la perspectiva interna, representan disposiciones análogas a las definiciones internacionales sobre responsabilidad del mando, las cuales en el derecho penal colombiano no podrían fundamentar por sí mismas la imputación, pero se deberían tener en cuenta al interpretar las normas que sí tienen carácter penal (sustancial) y que en este ámbito sí permiten fundamentar la atribución de responsabilidad.

La primera alternativa supondría aceptar que mediante el art. transitorio 24, así como con el art. 67, se criminalizaron conductas que antes a la luz de la legislación interna no eran punibles,¹⁰² y que, al tratarse de normas aplicables a hechos cometidos en el conflicto armado, tendrían carácter retroactivo. Esto podría abrir el debate sobre el alcance del principio de legalidad no solo en la persecución nacional de crímenes internacionales sino también en contextos de justicia transicional, lo que exige una reflexión profunda y aparte.¹⁰³ Por ahora, basta con advertir que si se entendieran de esta manera dichas disposiciones, se estaría entonces ante un caso de criminalización (nacional) retroactiva de conductas. La segunda alternativa –acogida recientemente por la Corte Constitucional–,¹⁰⁴ por el contrario, permitiría reconducir la discusión a las formas de imputación ya existentes en Colombia y sería más coherente con el hecho de que el art. transitorio 24 es una norma constitucional y que el art. 67 se encontraría –una vez entre en vigencia– en una ley estatutaria, las cuales tienen carácter especial en el ordenamiento jurídico colombiano, al desarrollar temas de cierta importancia en el marco de la Constitución Política.¹⁰⁵ En todo caso, se debe señalar que así la intención de quienes diseñaron estas normas hubiera sido

102 Por ejemplo, contribuciones culposas a hechos equivalentes a crímenes internacionales, como la tortura o la desaparición forzada, u omisiones culposas de deberes cuya punibilidad solo está prevista a través de tipos penales de omisión (propia) dolosos; ver *supra* notas al pie 98 y 99.

103 Sobre el principio de legalidad y la aplicación directa del DPI a nivel nacional ver FERDINANDUSSE, WARD, *Direct Application of International Criminal Law in National Courts*, The Hague, TMC Asser Press, 2006, pp. 221 ss.; sobre el principio de legalidad en la persecución nacional de crímenes internacionales en el contexto colombiano ver Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 23 de noviembre de 2016 (radicación: 44312), apartado 2.4 (Consideraciones); Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 27 de enero de 2016 (radicación: 44462), apartado 1.1. (Consideraciones).

104 De acuerdo con la Corte, el art. transitorio 24 AL 01 de 2017 “constituye únicamente un elemento auxiliar de interpretación”, ver Corte Constitucional (2018), cit., p. 539.

105 En Colombia se deben regular por medio de leyes estatutarias los temas específicos mencionados en el art. 152 de la Constitución Política, entre ellos los derechos y deberes fundamentales de las personas, los procedimientos y recursos para su protección, y la administración de justicia. La aprobación, modificación o derogación de este tipo de leyes de debe realizar mediante un trámite especial conforme al art. 153 de la Constitución.

regular directamente la responsabilidad penal de jefes militares, la forma como ellas están formuladas lo dificulta, razón por la cual, la segunda alternativa pareciera ser más conveniente.

Si se observan tanto el art. transitorio 24 AL 01 de 2017 como el art. 67 del proyecto de LE-JEP con detenimiento, es posible advertir que éstos no pueden fundamentar por sí mismos la responsabilidad penal. Esta conclusión se desprende de su tenor literal, puesto que ninguno de los dos conecta ninguna conducta (positiva o negativa) con ninguna consecuencia. Aquí no se establece como condición de un determinado efecto jurídico –como podría serlo el hecho de ser penalmente responsable– el incumplimiento de algún deber que se predique de los superiores militares; éstos no dicen, por ejemplo, como lo hace el art. 28 (a) ER: “el jefe militar [...] *será penalmente responsable [...] cuando [...]*” (cursiva por fuera del texto original). Tampoco le atribuyen ninguna consecuencia concreta al incumplimiento de los deberes previstos en los art. 86 (2) y 87 (1) PA I.

Con la frase “[l]a responsabilidad [...] *por los actos de sus subordinados deberá fundarse en [...]*” (cursivas añadidas), incluida en el art. transitorio 24 AL 01 de 2017 y en el art. 67 del proyecto de LE-JEP, solamente se está indicando los criterios que se deben tener en cuenta para que los jefes militares puedan responder por lo que han hecho sus subalternos, sin especificar en qué consiste jurídicamente dicha responsabilidad. En consecuencia, a partir de estas normas no es posible definir si en el marco del Acuerdo de Paz a los jefes militares siempre se les deben imputar los crímenes efectivamente cometidos por los subordinados –o, tal vez mejor, los tipos penales en los que éstos efectivamente incurrieron– o si aquellos deben responder por algo distinto, como por el incumplimiento de sus propios deberes con base en otros tipos penales. En este sentido, si el objetivo fuera realmente contemplar una forma específica y autónoma de responsabilidad, se extrañaría una disposición similar, por ejemplo, a la del art. 25 CPC, según el cual: “[q]uien tuviere el deber jurídico [...] *quedará sujeto a la pena contemplada en la respectiva norma penal*” (cursivas añadidas), en donde se hubiera hecho referencia específica a aquello por lo que responderían penalmente los jefes militares. En este sentido, tanto el art. transitorio 24 como el art. 67 dejan abiertos interrogantes importantes sobre el alcance de la responsabilidad penal por omisión de los jefes militares.

El primer inciso del art. transitorio 24 solamente indica, además, los marcos normativos relevantes con el fin de establecer la responsabilidad penal por omisión de los superiores jerárquicos –“[p]ara la determinación de la responsabilidad

del mando, la [JEP] aplicará [...]”¹⁰⁶ en donde aparece en primer lugar el CPC; mientras que en el segundo inciso, como ya se mencionó, se establecen algunos lineamientos concretos que se deben tener en cuenta para interpretar los elementos de este tipo de responsabilidad, siendo el primero de ellos uno negativo que, como se verá más adelante, coincide con las exigencias que hace el derecho interno en casos de comisión por omisión. De hecho, este inciso comienza diciendo, de forma similar al inciso anterior, “[l]a determinación de la responsabilidad del mando no podrá fundarse exclusivamente en [...]”.¹⁰⁷ Así, pareciera ser que el objetivo de esta norma es fijar parámetros de interpretación de los elementos de una forma de responsabilidad —la responsabilidad del mando— definida en otro lugar del ordenamiento jurídico; o mejor, como consecuencia de su redacción, pareciera más plausible interpretar el art. transitorio 24, al igual que el art. 67 del proyecto de LE-JEP, como una disposición que busca orientar el tratamiento de la responsabilidad penal omisiva de los jefes militares por las conductas de los subordinados, pero, con base en las normas penales aplicables a cada caso.

La pregunta que deja el razonamiento anterior es ¿en dónde se define dicha forma de responsabilidad? y, por consiguiente, ¿cuál debería ser el fundamento normativo de la responsabilidad penal de los superiores militares ante el incumplimiento de los tres deberes aquí señalados? De acuerdo con el inciso primero del art. transitorio 24 no es posible acudir directamente y solo al derecho internacional. Los marcos de referencia son el CPC, el DIH —como ley especial— y las reglas operacionales de la Fuerza Pública.¹⁰⁸ Al ser el DIH norma especial y al aparecer en primer lugar el CPC, es posible entender que las normas internacionales deben orientar la interpretación del derecho penal nacional. Es decir, para definir la responsabilidad de los superiores militares por la conducta (criminal) de los subordinados, habría que acudir al ordenamiento jurídico nacional y tomar del internacional lo que, por ser un ordenamiento que regula la materia con mayor precisión, sea pertinente. Esto, en todo caso, está sujeto a interpretación. Sin embargo, el problema está en que, como se verá a continuación, una interpretación estricta, sobre todo del art. transitorio 24, si bien podría estar en consonancia con el derecho penal colombiano, restringiría el ámbito de aplicación que tiene esta forma de responsabilidad en el

106 El art. 67 del proyecto de LE-JEP no contiene una disposición similar y comienza directamente con los criterios que deben orientar el análisis de la responsabilidad de los jefes de las FARC, ver *supra* nota al pie 10.

107 El art. 67 del proyecto de LE-JEP empieza diciendo: “[l]a responsabilidad de los mandos de las FARC-EP por los actos de sus subordinados deberá fundarse en [...]”, ver *supra* notas al pie 10 y 11.

108 Ver *supra* nota al pie 9.

DPI y especialmente en el ER, mientras que, fundamentar la responsabilidad penal de acuerdo con los estándares internacionales, por ejemplo, según el art. 28 (a) ER, no solamente implicaría pasar por alto el tenor literal del art. transitorio 24 y eventualmente el del art. 67, sino también traspasar los límites que se derivan del CPC.

2.2. Elementos de la responsabilidad por el mando en el ordenamiento jurídico colombiano: el caso Bemba como punto de referencia

En el art. transitorio 24 AL 01 de 2017 y en el art. 67 del proyecto de LE-JEP se enuncian varios criterios que, como se mencionó en el apartado anterior, buscan orientar en el marco del Acuerdo de Paz la determinación de responsabilidad penal de los jefes militares por las conductas de sus subordinados, para lo cual, en todo caso, habría que acudir, como fundamento de la responsabilidad, o bien al derecho penal nacional o al internacional. Algunos de estos criterios se encuentran en consonancia tanto con el derecho penal colombiano como con el DPI; sin embargo, otros son ambiguos o resultan contrarios, por ejemplo, al ER.¹⁰⁹ De aquí surgen entonces dificultades relacionadas con la interpretación de dichas normas, las cuales generan dilemas para los magistrados de la JEP que pueden comprometer la legitimidad de sus decisiones.

2.2.1. Prohibición de fundamentar la responsabilidad solamente en el rango, la jerarquía o el ámbito de jurisdicción

El primer criterio orientador que establece el art. transitorio 24, segundo inciso, sobre la manera como se debe tratar la responsabilidad del mando en el marco del Acuerdo de Paz es la prohibición de fundamentar dicha forma de responsabilidad “exclusivamente en el rango, la jerarquía o el ámbito de jurisdicción”.¹¹⁰ Esta

109 Para la Corte Constitucional estas diferencias no suprimen “la prohibición de la impunidad” y por lo tanto no modifican un pilar fundamental de la Constitución Política. Por esta razón, la Corte declaró la constitucionalidad del art. transitorio 24, ver Corte Constitucional (2017), cit., num. 5.5.1.5., p. 355. y num. 5.5.1.12., p. 369. Este razonamiento se reitera en Corte Constitucional (2018), cit., p. 530 ss. Sin embargo, para la OTP, “la definición de responsabilidad del mando adoptada se aparta sustancialmente de la prevista en el derecho internacional consuetudinario y de la definición del Estatuto de Roma, y por consiguiente podría frustrar los intentos de Colombia de cumplir su deber de investigar y juzgar los crímenes internacionales”, ver OTP, cit., párr. 7.

110 De manera similar, el primer inciso del art. 67 del proyecto de LE-JEP cierra al decir: “[l]a responsabilidad del mando no podrá fundarse exclusivamente en el rango o la jerarquía”, de manera que las consideraciones hechas aquí son igualmente aplicables respecto de esta norma, ver *supra* notas al pie 10 y 11.

prohibición no solo es coherente con lo dispuesto en el art. 25 CPC, sino también con la forma como la CPI ha interpretado el art. 28 (a) ER. Con relación a la responsabilidad por omisión impropia en el derecho penal colombiano, pertinente en los casos de incumplimiento del deber de evitar, se debe afirmar, que el solo hecho de haberse encontrado en posición de garante no es suficiente para fundamentar la responsabilidad penal. Así lo ha sostenido, por ejemplo, la Corte Constitucional al referirse a la responsabilidad omisiva de miembros de la Fuerza Pública, al decir que la verificación de la posición de garante no conduce “inmediatamente” a la responsabilidad, ya que “ésta presupone la reunión de *todos los elementos del delito*, a saber: tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad” (cursivas añadidas).¹¹¹ Esto mismo debe afirmarse con relación a los tipos penales de omisión propia que sean relevantes ante el incumplimiento de los deberes de reprimir y denunciar.¹¹² A la misma conclusión se llega respecto del art. 28 (a) ER si se tienen en cuenta los cinco elementos que definió la Cámara de Cuestiones Preliminares II de la CPI en el caso Bemba, en donde el hecho de haber sido jefe militar —o de haber actuado como tal— tan solo constituye el primero de ellos.¹¹³

2.2.2. ¿Control efectivo de la respectiva conducta?

Como segundo criterio, el inciso segundo del art. transitorio 24 dispone que “[l]a responsabilidad de los miembros de la Fuerza Pública por los actos de sus subordinados deberá fundarse en el control efectivo de la respectiva conducta”. Como ya se ha puesto de presente,¹¹⁴ esta expresión parece confundir diferentes formas de responsabilidad penal, concretamente la autoría en los delitos de dominio¹¹⁵ con la comisión por omisión. En este sentido, la expresión “control [...] de la respectiva conducta” podría asociarse (equivocadamente) al dominio del hecho,

111 Ver Corte Constitucional (2001), cit., num. 18.

112 Sobre el concepto de omisión propia y concretamente sobre el prevaricato por omisión ver Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 11 de abril de 2018 (radicación: 52026), Consideraciones, num. 2 (b). Sobre la diferencia entre *echte und unechte Untalassungsstraftaten* ver MAURACH, REINHART; GÖSSEL, KARL; ZIPF, HEINZ, *Strafrecht Allgemeiner Teil. Teilband 2: Erscheinungsformen des Verbrechens und Rechtsfolgen der Tat*, Heidelberg et al., C.F. Müller, 2014, pp. 304-306; también JAKOBS, GÜNTHER, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Berlin et al., Walter de Gruyter, 1983, pp. 640 ss.

113 Ver *supra* nota al pie 31; en este sentido también OLASOLO, HÉCTOR; CANOSA, JANNLUCK, cit., p. 488.

114 Ver OLASOLO, HÉCTOR; CANOSA, JANNLUCK, cit., pp. 484-486, 489; también OTP, cit., párr. 14.

115 Sobre el concepto de delitos de dominio (*Herrschaftsdelikte*) ver ROXIN, CLAUDIUS, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band II: Besondere Erscheinungsformen der Straftat*, München, C.H. Beck, 2003, pp. 9-10.

como criterio que, tanto en el derecho penal colombiano¹¹⁶ como en el contexto del ER,¹¹⁷ ha sido acogido para diferenciar la autoría de la participación. De ser así, para que existiera responsabilidad por el mando, el superior militar tendría que haber contribuido activamente a la perpetración de los crímenes, teniendo la posibilidad de decidir sobre si el crimen se consumaba o no y sobre las circunstancias en las que la perpetración tuvo lugar, bien sea por sí mismo, junto con otros o por medio de otro.¹¹⁸ De acogerse esta interpretación, la hipótesis fáctica aquí prevista ya no sería la comisión de crímenes por parte de los subordinados más un “no-hacer” por parte del superior que no los evitó, reprimió o denunció, sino que se estaría haciendo referencia a supuestos de perpetración activa, los cuales darían lugar a autoría simple, coautoría o autoría mediata; en otras palabras, esta interpretación desnaturalizaría la responsabilidad por el mando como forma de responsabilidad penal basada en el incumplimiento de deberes.

La forma como está redactado este criterio puede ser considerada entonces producto de un error de “técnica legislativa”. Es decir, es poco probable que en el Acuerdo se haya querido anular la responsabilidad por el mando al transformarla en algo radicalmente distinto a lo que ésta es en realidad. Este error puede atribuirse más bien a las presiones ejercidas en el curso de las negociaciones de paz con las FARC.¹¹⁹ Tan así, que en el Acuerdo mismo se intentó corregir esta imprecisión, al incluirse en el punto 50 del acápite sobre Justicia una definición de “control efectivo de la respectiva conducta” en los siguientes términos: “posibilidad real que el superior tenía de haber ejercido un control apropiado sobre sus subalternos, en relación con la ejecución de la conducta delictiva, tal y como se establece en el derecho internacional”. Con base en esta definición, también prevista en el segundo inciso del art. 67 del proyecto de LE-JEP, puede afirmarse que en donde se dice “control efectivo de la respectiva conducta”, se debe leer “control apropiado sobre sus subalternos”, lo que en los términos del art. 28 (a) ER equivale a haber tenido

116 Ver, por ejemplo, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 9 de mayo de 2018 (radicación: 45.889), apartado IV. (Consideraciones), num. 4.2.4.1.; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 5 de julio de 2017 (radicación: 47950), num. 7.1. (Consideraciones); Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 26 de febrero de 2014 (radicación: 42428), p. 8 ss.

117 Ver CPI, Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo (No.: ICC-01/04-01/06), Pre-Trial Chamber I, Decision on the confirmation of charges, 29 de enero de 2007, párr. 338 (“*control over the crime*”).

118 Sobre las diferentes formas de dominio del hecho ver ROXIN, CLAUS, cit., pp. 14-15.

119 Sobre las modificaciones (a última hora) del Acuerdo de Paz con relación a este tema ver OLASOLO, HÉCTOR; CANOSA, JANNLUCK, cit., p. 485; también COTE, GUSTAVO, cit., pp. 59-60.

“mando y control efectivo” o “autoridad y control efectivo” sobre las fuerzas que cometieron los crímenes, es decir el segundo requisito para que exista responsabilidad del superior jerárquico, identificado por la Cámara de Cuestiones Preliminares II en el caso Bemba.¹²⁰

Al respecto se deben hacer dos precisiones adicionales. Por un lado, el hecho de que esta definición aparezca tanto en el Acuerdo de Paz como en las normas que lo implementan solo con relación a la responsabilidad del mando de miembros de las FARC (numeral 50 en el Acuerdo y art. 67 del proyecto de LE-JEP), no impide tenerla en cuenta para establecer la responsabilidad de miembros de la Fuerza Pública colombiana, ya que la expresión a la que alude dicha definición –“control efectivo de la respectiva conducta”– se encuentra también y de forma idéntica en el numeral 44 del Acuerdo, así como en el art. transitorio 24 AL 01 de 2017, sin que exista ninguna razón plausible para que su significado cambie en función de la persona cuya responsabilidad se esté valorando. Por otro lado, la exigencia de que el jefe militar tenga “control apropiado sobre sus subalternos”, no solamente es coherente con el derecho internacional, sino también con el derecho penal colombiano, ya que un postulado fundamental para que exista responsabilidad penal por omisión, además de la existencia de un deber concreto de actuar, es la capacidad de cumplir con dicho deber,¹²¹ lo que, por ejemplo, se prevé expresamente en el art. 25 CPC con relación a la comisión por omisión.¹²²

Así las cosas, para afirmar que un jefe militar debe responder por los crímenes cometidos por los subordinados al tener posición de garante, en el sentido del art. 25 CPC, es indispensable que dicho jefe haya tenido la posibilidad de evitar la comisión de esos crímenes, lo cual, si el jefe no tenía la capacidad real de ejercer un “control apropiado” –en los términos del Acuerdo de Paz y del art. 67 del proyecto de LE-JEP– o un “control efectivo” –en los términos del ER– sobre los subalternos, resulta un imposible. Como corolario, nada impide, y de hecho sería útil, acudir a los criterios mencionados por la Cámara de Cuestiones Preliminares II en el caso Bemba para determinar la existencia de control efectivo,¹²³ con el fin de establecer, por ejemplo,

120 Ver *supra* notas al pie 34 a 39.

121 FORERO, JUAN CARLOS, *El delito de omisión en el nuevo Código Penal*, Bogotá, Legis Editores, 2002, p. 144 (“capacidad de acción”); en general y fundamental ROXIN, CLAUS, cit., pp. 629-632.

122 El art. 25 CPC establece que: “[q]uien tuviere el deber jurídico de impedir un resultado perteneciente a una descripción típica y no lo llevaré a cabo, *estando en posibilidad de hacerlo* [...]” (cursivas añadidas).

123 Por ejemplo, la capacidad para ordenar a unidades bajo su mando, directo o no, que participen en hostilidades; o la capacidad de reubicar unidades o de realizar cambios en la cadena de mando o la

si, de acuerdo con el art. 25 CPC, un jefe militar, obligado a evitar un resultado típico, estaba o no “en posibilidad de hacerlo”; después de todo, como también se afirmó en la decisión de confirmación de cargos en Bemba, no es posible demostrar que un jefe militar no controló a sus tropas como debía, si no se comprueba en primer lugar que efectivamente éste podía controlarlas.¹²⁴

2.2.3. “Medios al alcance” y “condiciones fácticas” como criterios para establecer las medidas que se deben tomar

La prohibición de fundamentar la responsabilidad por el mando solo en “el rango, la jerarquía o el ámbito de jurisdicción”, así como la necesidad de tener “control apropiado” sobre los subalternos, en cuanto criterios para decidir sobre la responsabilidad penal de los superiores jerárquicos, se complementan en la parte final del inciso segundo del art. transitorio 24 con las expresiones “medios a su alcance para prevenir que [...]” y “siempre y cuando las condiciones fácticas lo permitan”.¹²⁵ Estas circunstancias, de acuerdo con el mismo art. transitorio 24, se deben tener en cuenta a efectos de determinar la responsabilidad de los jefes militares por no haber prevenido los crímenes o por no haber promovido “las investigaciones procedentes”. Estos aspectos no resultan extraños ni en el ámbito del derecho penal nacional ni del internacional. Tanto los medios al alcance, como las condiciones fácticas son elementos que se deben considerar para determinar, por ejemplo, si el garante –art. 25 CPC– realmente estaba en posibilidad de evitar el resultado típico que debía evitar.¹²⁶ Pero, además, son aspectos que se deben tener en cuenta, según el art. 28 (a) ER, para determinar si el superior o jefe tomó las medidas “necesarias y razonables a su alcance” (cursivas añadidas), con el fin de cumplir sus deberes. En este sentido, no se debe perder de vista que la Cámara de Juzgamiento III de la CPI, precisamente en el caso Bemba, entendió por medidas razonables aquellas que se encontraban dentro de las posibilidades materiales del superior y que, según la Cámara de Apelaciones, esto se debe determinar de acuerdo con la realidad

capacidad de ordenar el traslado de fuerzas de un lugar a otro, ver *supra* nota al pie 38.

124 Ver *supra* nota al pie 39.

125 En este mismo sentido, el art. 67 del proyecto de LE-JEP dice: “La responsabilidad de los mandos de las FARC-ER por los actos de sus subordinados deberá fundarse [...] en los medios a su alcance para prevenirla, y de haber ocurrido adoptar las decisiones correspondientes”.

126 MURMANN, UWE, *Grundkurs Strafrecht*, München, C.H. Beck, 2017, p. 452; FORERO, JUAN CARLOS, cit., p. 144; ROXIN, Claus, cit., pp. 629-632.

operacional “on the ground” en la que éste se encontraba.¹²⁷

Lo dispuesto en el inciso segundo del art. transitorio 24 AL 01 de 2017 que hasta aquí se ha comentado, así como los requisitos de la responsabilidad del superior que se desprenden del art. 28 ER y que han sido señalados en este apartado —condición de jefe militar, control efectivo, medidas razonables al alcance del superior—, constituyen, por consiguiente, elementos que buscan delimitar la responsabilidad penal a lo que *en concreto* le es exigible a los jefes militares, de acuerdo con lo que *razonablemente* se puede esperar de ellos. Sobre esta base es posible afirmar entonces, que los criterios previstos en el art. 24 AL 01 de 2017, así como en el art. 67 del proyecto de LE-JEP, se encuentran alineados con el art. 28 (a) ER y especialmente con lo discutido por la CPI en el caso Bemba, al igual que con las exigencias que hace el derecho penal nacional para fundamentar la responsabilidad penal por omisión. De esta manera se hace ostensible que, en términos generales, tanto el derecho penal nacional como el internacional apuntan en este tema en la misma dirección, claro está, sin perjuicio de las diferencias sobre los crímenes o tipos penales que en uno y otro lugar es posible imputar y que se señalaron en el apartado 2.1. de este trabajo. La necesidad de preguntarse sobre lo que le era posible hacer a quien aparentemente ha incumplido un deber legal se desprende del principio de culpabilidad —o de responsabilidad penal individual—, reconocido como pilar fundamental tanto en el derecho doméstico y como en el internacional.¹²⁸ En este sentido, no sobra recordar, nuevamente, como lo afirmó la Cámara de Apelaciones de la CPI en el caso Bemba, que la responsabilidad por el mando no constituye una forma de responsabilidad objetiva.¹²⁹

2.2.4. Conocimiento basado en la información a disposición del superior

A pesar de estas coincidencias, especialmente el art. transitorio 24 AL 01 de 2017 presenta algunos aspectos problemáticos, sobre todo a la luz del DPI. En este sentido se deben mencionar el elemento subjetivo previsto en el segundo inciso de esta disposición y en el primero del art. 67 del proyecto de LE-JEP,¹³⁰ así como la forma en la que se introducen los criterios enunciados en el inciso tercero del art.

127 Ver *supra* nota al pie 77.

128 Sobre el principio de culpabilidad en DPI ver AMBOS, KAI (2013), cit., pp. 93-95.

129 Ver *supra* nota al pie 88.

130 Ver OLASOLO, HÉCTOR; CANOSA, JANNLUCK, cit., p. 491.

transitorio 24 para probar la existencia de “mando y control efectivo”.¹³¹ En todo caso, el primero de estos aspectos no parece generar un problema insalvable en el alcance que la responsabilidad penal de los jefes militares tendría en el marco del Acuerdo de Paz, debido a los límites que en todo caso tiene la responsabilidad penal por omisión en el derecho penal colombiano, así como las diferentes definiciones sobre la responsabilidad del superior que existen en el derecho internacional.

Tanto el art. transitorio 24 AL 01 de 2017 como el art. 67 del proyecto de LE-JEP disponen que, en casos de miembros de la Fuerza Pública como de las FARC, la responsabilidad del mando por los actos de los subordinados deberá fundarse en “el conocimiento basado en la información a [disposición del superior] antes, durante, o después de la realización de la respectiva conducta”. Ciertamente, esta frase resulta un tanto ambigua, ya que con ella no se establece un estándar preciso con relación al grado de conocimiento que el jefe militar debe haber tenido sobre la conducta criminal de los subordinados para ser considerado penalmente responsable —aunque la Corte Constitucional ve aquí la exigencia de “conocimiento efectivo” —¹³²; aquí solamente se está indicando que la información a disposición es un factor relevante que se debe valorar para establecer la responsabilidad y que algún grado de conocimiento debe haber tenido el superior, pero no se dice que necesariamente deba existir un mínimo de información disponible, o cierto tipo de información, ni que se deba probar que el superior efectivamente sabía de la comisión de los crímenes, en el sentido, por ejemplo, del art. 30 (3) ER¹³³ o del dolo directo en segundo grado.¹³⁴

En todo caso, una posible interpretación consistiría en asumir que con esto se está acogiendo un estándar similar al contemplado en el art. 86 (2) PA I, de manera que los jefes militares tendrían que haber tenido información a su disposición que les permitiera concluir que los subordinados estaban cometiendo o iban a cometer

131 Ibid., pp. 489-490.

132 Ver Corte Constitucional (2018), cit., p. 538.

133 Sobre el art. 30 (2) y (3) ER ver AMBOS, KAI (2013), cit., pp. 274 ss. (Ambos sugiere que el estándar previsto en el art. 30 (2) (a) ER podría equipararse al dolo directo en primer grado, debido al énfasis en el aspecto volitivo, mientras que el art. 30 (2) (b) ER, al decir “en el curso normal de los acontecimiento”, se estaría refiriendo al dolo directo en segundo grado); al respecto también CRYER, ROBERT; FRIMAN, HAKAN; ROBINSON, DARRYL, WILMSHURTS, ELIZABETH, *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014, pp. 382-383.

134 El dolo directo en segundo grado privilegia el aspecto cognitivo del dolo; así, para aceptar la existencia de dolo, es suficiente con que el autor sepa, o esté seguro, de que su conducta realizará los elementos de un determinado tipo penal, ver MURMANN, UWE, cit., p. 214.

cierto tipo de crímenes.¹³⁵ Otra alternativa, más cercana a la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc*, podría ser la exigencia de información general que alertara al jefe sobre la posible conducta criminal de los subordinados, sin que fuera necesario que esa información versara directamente o de manera conclusiva sobre los crímenes o los detalles concretos de su perpetración;¹³⁶ es decir, podría ser suficiente con que se tratara de información de la cual se pudiera inferir la necesidad de investigaciones adicionales. De aceptarse cualquiera de estas dos interpretaciones, habría que afirmar, en todo caso, que en el Acuerdo de Paz se contempló un estándar más alto que el previsto en el art. 28 (a) ER, según el cual, los jefes militares tienen el deber de conocer lo que hacen quienes están bajo su mando. Como ya se explicó, según la Cámara de Cuestiones Preliminares II de la CPI, esto supone un deber activo en cumplimiento del cual los jefes militares deben procurarse dicha información, de manera que incluso el desconocimiento (negligente) imputable al superior daría lugar a responsabilidad penal.¹³⁷ Sin embargo, la adopción de un estándar distinto al del ER en el marco del Acuerdo de Paz no afectaría dramáticamente su legitimidad —así de esta manera se excluyan situaciones que podrían ser juzgadas por la CPI—, en la medida en que el estándar acogido puede estar en todo caso en línea con el derecho internacional consuetudinario¹³⁸ e incluso con la forma como se ha definido este tipo de responsabilidad en el contexto de otros tribunales internacionales.¹³⁹

Si bien corresponde a los magistrados de la JEP definir si este criterio (subjetivo) se debe interpretar de acuerdo con algunos de los estándares mencionados en el párrafo anterior, al respecto es posible plantear las siguientes consideraciones. En primer lugar, es importante tener en cuenta que la ausencia de información a disposición del superior puede tener su origen en diferentes motivos, no necesariamente en su negligencia. Como se explica en el comentario del Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) sobre el art. 86 PA I, la ausencia de información puede ser deliberada, en cuyo caso la supuesta “negligencia” sería equivalente a

135 Ver *supra* nota al pie 18.

136 Ver OLASO, HÉCTOR; CANOSA, JANNLUCK, cit., p. 491.

137 Ver *supra* nota al pie 45.

138 Ver HENCKAERTS, JEAN-MARIE; DOSWALD-BECK, LOUISE, *Customary International Humanitarian Law Volume I: Rules*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, pp. 558-563 (rule 153); sobre la coincidencia del art. Transitorio 24 con el PA I ver Corte Constitucional (2017), cit., num. 5.5.1.11., p. 367; sin embargo, para la OTP, el legislador colombiano se apartó en este punto, no solamente del ER, sino también del derecho internacional consuetudinario, OTP, cit., párr. 27-28.

139 Ver *supra* notas al pie 22, 23, 25.

intención maliciosa.¹⁴⁰ En estos casos podría preguntarse si a nivel nacional, desde el punto de vista de la tipicidad subjetiva, sería posible hablar de dolo eventual, en la medida en que se pudiera sostener que el superior era consciente de la probabilidad de que los subordinados cometieran los crímenes en cuestión, sin que hubiera hecho nada al respecto, es decir, dejando su (eventual) perpetración “librada al azar”.¹⁴¹ En consecuencia, dado que ni el art. transitorio 24 AL 01 de 2017 ni el art. 67 del proyecto de LE-JEP exigen un grado mínimo de conocimiento, se podría concluir que ellos no excluyen la responsabilidad siempre que no hay información disponible, pues lo decisivo sería más bien la razón de la ausencia de información. Así las cosas, ante el incumplimiento del deber de evitar se podría dar aplicación al art. 25 CPC, imputando al jefe militar —a título de dolo eventual— los tipos penales dolosos cometidos por los subordinados, e igualmente, si el incumplimiento se dio frente a los deberes de reprimir o denunciar, se podría dar aplicación a los tipos penales (dolosos) de omisión propia que fueran pertinentes.¹⁴²

Por otro lado, se debe recordar que dejar de informarse sobre la conducta de los subordinados no constituye el único comportamiento negligente posible de los jefes militares, a pesar de que, según la Cámara de Cuestiones preliminares II de la CPI, es a ese supuesto que el ER, mediante la expresión “hubiera debido saber”, hace referencia.¹⁴³ Además del desconocimiento de la situación concreta de riesgo —lo que tratándose de la responsabilidad del mando equivaldría a desconocer las actividades de los subalternos—, también es posible que el incumplimiento, por ejemplo, del deber de evitar, se deba al desconocimiento de la propia posición de garante en el caso concreto —por ejemplo si el superior en cuestión creía no ser competente—, o a que el garante consideraba equivocadamente que le era imposible actuar, o a que las acciones realizadas en cumplimiento del deber resultaron deficientes.¹⁴⁴ En estas tres hipótesis el garante, es decir el jefe militar, puede tener información sobre la conducta criminal de los subordinados y, sin embargo, podría ser penalmente responsable a título

140 Ver SANDOZ, YVES et al. (ed.), cit., párr. 3541; también PORTILLA, GUILLERMO, cit., p. 121.

141 Según el art. 22 CPC: “También será dolosa la conducta cuando la realización de la infracción penal ha sido prevista como probable y su no producción se deja librada al azar”.

142 Ver *supra* nota al pie 94.

143 Ver *supra* nota al pie 43.

144 Ver ROXIN, CLAUS, cit., pp. 689-690.

de culpa. Por consiguiente, aceptar que el art. transitorio 24 AL 01 de 2017 y que el art. 67 del proyecto de LE-JEP exigen un mínimo de conocimiento por parte de los jefes militares sobre la conducta de los subordinados, no equivale necesariamente a decir que aquellos solo pueden responder penalmente por la conducta criminal de éstos a título de dolo. Claro está, la responsabilidad culposa seguiría estando limitada por el CPC, puesto que solo serían imputables los tipos penales respecto de los cuales se haya previsto dicha posibilidad, como ocurre, por ejemplo, con el homicidio. En este sentido, la legislación penal interna, incluso interpretada conforme al Acuerdo de Paz y su desarrollo normativo, eventualmente podría ir más allá que el PA I y que los estatutos de los tribunales ad hoc, acercándose en cierta medida al ER.

2.2.5. Criterios “concurrentes” para establecer el control efectivo

El segundo aspecto problemático, el cual solo se previó para los miembros de la Fuerza Pública colombiana, sí parece restringir en exceso la responsabilidad penal por el mando, cuando se toma como punto de referencia al DPI. Los criterios enunciados en el tercer inciso del art. transitorio 24 AL 01 de 2017 para establecer si existió “mando y control efectivo del superior militar o policial”, vistos de manera autónoma, no parecerían generar mayor inconveniente, ya que ellos son en todo caso relevantes, con el fin de determinar en el contexto de ejércitos regulares o fuerzas de seguridad estatales la verdadera capacidad de acción de los jefes militares. Si bien es cierto que con la forma como están formulados estos criterios se atribuye un rol especial a consideraciones formales,¹⁴⁵ relacionadas con la asignación de funciones conforme al ordenamiento jurídico interno, esto no resulta descabellado si de lo que se trata es de definir ámbitos de competencia de los cuales se derivan deberes específicos y la correlativa responsabilidad penal por su incumplimiento, bajo el supuesto de que haya existido capacidad para cumplirlos.¹⁴⁶

En este sentido son pertinentes las consideraciones de la Cámara de Apelaciones de la CPI en el caso Bemba, en la medida en que la responsabilidad penal no debe fundamentarse en la enunciación abstracta de deberes y medidas que hipotéticamente se hubieran podido tomar. Para esto es necesario preguntarse

145 En este sentido OTP, cit., párr. 15 ss., 23.

146 Ver Corte Constitucional (2001), cit., num. 17 (b): “para que el miembro de la fuerza pública sea garante, se requiere que en concreto recaiga dentro de su ámbito de competencia (material, funcional y territorial) el deber específico de proteger los derechos constitucionales de los ciudadanos de la República”.

por la *capacidad real* de cada jefe militar y en este sentido aspectos como el área (legalmente) asignada a cada superior o la capacidad (legal) de emitir órdenes en uno u otro sentido, así como la capacidad efectiva de ejecutar operaciones en un determinado lugar, constituyen criterios conducentes para demostrar el tipo de control que cada jefe estaba en posibilidad de ejercer.¹⁴⁷ Así las cosas, aspectos como la distancia geográfica que puede haber existido entre la ubicación del superior y las tropas que cometieron los crímenes, así como el hecho de que la autoridad sobre esas tropas haya sido compartida con otras personas son factores que, como en el caso Bemba, pueden afectar o limitar el control efectivo y el tipo de medidas que en consecuencia era razonable adoptar.

En casos de miembros de la Fuerza Pública del Estado colombiano o de cualquier otro Estado, que actúan en su propio territorio conforme lo establece el derecho interno, la distribución formal de competencias juega un papel fundamental para valorar factores como la distancia geográfica o el mando compartido;¹⁴⁸ incluso, si cabe la comparación, de la misma manera como la Cámara de Apelaciones tuvo en cuenta no solo los estatutos del MLC —el cual, en todo caso, no era un ejército regular, aunque funcionara como tal—, sino también el hecho de que las autoridades de la RCA, junto con Bemba, ejercían cierta autoridad sobre los perpetradores directos de los crímenes.¹⁴⁹ Como lo puso de presente la OTP en el *amicus curiae* presentado a la Corte Constitucional colombiana, con base en la condena en primera instancia de Bemba, no es imposible que un jefe militar, miembro de un ejército regular, tenga control efectivo por fuera de su ámbito formal de competencia. Sin embargo, no hay razones para pensar que ese supuesto sea la regla general, menos aun cuando se trata de Estados, cuya institucionalidad es relativamente funcional. La pregunta entonces es hasta qué punto se puede separar lo formal de lo material en estos contextos. En todo caso, el análisis debe hacerse, se insiste, en concreto, como lo hizo la Cámara de Apelaciones en Bemba; la posibilidad (hipotéticamente hablando) de que sea posible ejercer control por fuera de cierto territorio y a la distancia, no exime de prueba concreta sobre el mismo.

El problema real del inciso tercero y de los criterios que éste introduce se encuentra en la expresión “siguientes condiciones concurrentes”, lo cual hace ver

147 Ver *supra* apartado 1.2.3.

148 Sobre la relevancia del derecho interno como parámetro para establecer los deberes y facultades de los representantes civiles y militares de los Estados ver OLASOLO, HÉCTOR; CANOSA, JANNLUCK, cit., pp. 463-464 y nota al pie 98 con referencia al TPIY.

149 Ver *supra* notas al pie 82 a 88.

estos criterios como una especie de “*check list*”, de manera que mientras no se cumplan todos y cada uno de ellos no podría afirmarse que existió control efectivo.¹⁵⁰ Esto contraría no solamente lo dispuesto en el ER, sino también la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc*, ya que en este contexto las consideraciones formales y materiales, expresadas, por ejemplo, en los factores enunciados por la Cámara de Cuestiones Preliminares II de la CPI,¹⁵¹ no constituyen requisitos concurrentes, sino más bien elementos de juicio cuyo valor argumentativo y probatorio específico depende de las circunstancias de cada caso. Si bien la asignación formal de competencias a los jefes militares puede ser a nivel internacional un indicio importante sobre el tipo de control que éstos estaban en capacidad de ejercer, no representa entonces el único factor decisivo. Es decir, el principal problema del art. transitorio 24 AL 01 de 2017 no está en el énfasis que éste hace sobre los aspectos formales para determinar los ámbitos de responsabilidad, sino en presentarlos, todos ellos, como requisitos necesarios y excluyentes.

Con relación al derecho penal colombiano, habría que considerar por separado los deberes de prevenir, reprimir y denunciar. Con relación al deber de denunciar, por ejemplo, subyacente al tipo penal de “abuso de autoridad por omisión de denuncia”, es posible afirmar que la discusión sobre los ámbitos formales de competencia no es relevante, ya que dicho tipo penal responde a un deber general de todo servidor público que “tenga conocimiento de la comisión de una conducta punible cuya averiguación deba adelantarse de oficio”. En cambio, frente al deber de reprimir, la discusión sobre las competencias atribuidas a cada miembro de la Fuerza Pública sí es pertinente, con el fin de establecer si el jefe militar respectivo tenía o no la capacidad de sancionar, por sí mismo, a quienes cometieron los crímenes. Sin embargo, en este caso, la pregunta por la competencia es importante, en primer lugar, para definir cuál era el deber que tenía el superior y que efectivamente incumplió, en la medida en que, si no era competente para disciplinar a los perpetradores de los crímenes, se podría estar ante un caso de incumplimiento (solo) del deber de denunciar. En este sentido, vale la pena recordar lo dicho por la Cámara de Cuestiones Preliminares II en el caso Bemba, en el sentido de que los deberes de reprimir y denunciar son alternativos.¹⁵²

La situación puede ser más compleja cuando se trata del deber de evitar, ya que, como lo dispone el art. 25 CPC, la posición de garante se predica de quien

150 Ver, en este sentido, Corte Constitucional (2018), cit., p. 538.

151 Ver *supra* nota al pie 38.

152 Ver CPI (2009), cit., párr. 440; también CPI (2016), cit., párr. 208.

“tuviere el *deber jurídico* de impedir un resultado perteneciente a una descripción típica” (cursivas añadidas). La pregunta aquí es entonces si, a la luz del derecho penal colombiano, es posible que un jefe militar, miembro de las Fuerza Pública, esté obligado a evitar que “sus subordinados” cometan crímenes, por fuera de los ámbitos de competencia que le han sido asignados jurídicamente. La respuesta parece ser negativa, puesto que la atribución formal de competencias en el ámbito nacional al interior de las Fuerzas Militares aparece en primer lugar como un factor, no para establecer la existencia de control efectivo, sino para determinar la relación de subordinación —primer requisito de la responsabilidad por el mando identificado por la Sala de Cuestiones Preliminares II— y, en consecuencia, la existencia del deber. En este contexto, en un primer momento se debería establecer la condición de superior frente a los perpetradores de los crímenes, para lo cual las consideraciones formales parecen ser imprescindibles, y solo después de esto, habiéndose probado la condición de superior, podría discutirse si esa persona estaba en posibilidad de ejercer control efectivo, en donde, además de la distribución formal de competencias, se deben tener en cuenta las posibilidades reales de actuar —“estando en posibilidad de hacerlo”—. Aceptar *a priori* que en un ejército regular (estatal) un jefe militar puede estar obligado a evitar ciertas conductas, por ejemplo, de combatientes que formalmente no están bajo sus órdenes —así sea de manera indirecta—, equivale a afirmar que el deber jurídico surge de las condiciones materiales en las que actúa la persona y no del derecho vigente que regula sus actuaciones, lo cual puede hacer que la argumentación y prueba de los elementos de la responsabilidad se vuelva tautológica.¹⁵³

La posibilidad material que puede tener una persona de evitar un resultado, por ejemplo, alertando a quien sí es competente para dar órdenes a los autores directos o a su superior, no convierte a aquella persona en garante, independientemente del marco institucional que regula su comportamiento. En estos casos, se puede estar más bien ante otro tipo de deber. En consecuencia, si los crímenes se han cometido en un área que no se encuentra dentro del ámbito de responsabilidad territorial de un miembro de la Fuerza Pública, o si éste no tenía la capacidad legal de emitir órdenes, o

153 El razonamiento podría tornarse circular de la siguiente manera: es responsable el superior (requisito 1) que teniendo control efectivo (requisito 2) no evite que sus subordinados cometan crímenes (requisito 3); X no es superior de A, B y C (requisito 1 no se cumple), pero al tener control material sobre ellos (requisito 2), sí estaba obligado a evitar su comportamiento, es decir que sí podría ser considerado superior jerárquico. Como consecuencia, la falta del primer requisito, en un primer momento, no sería obstáculo para darlo por probado en un momento posterior, al aceptar el cumplimiento del segundo requisito.

si de acuerdo al nivel de mando correspondiente no se tenía la capacidad de ejecutar operaciones —todos estos criterios mencionados en el tercer inciso del art. transitorio 24—, probablemente no se esté hablando de un garante, o, en otras palabras, del superior responsable de quienes cometieron los crímenes. En este sentido, el art. transitorio 24 no necesariamente restringiría la responsabilidad penal de los jefes militares a título de comisión por omisión. De cualquier manera, de concluirse que un jefe militar es en un caso concreto penalmente responsable por los crímenes cometidos por otros miembros de la Fuerza Pública, sin que esa situación esté en algún sentido dentro de su ámbito formal de competencia, se tendría que fundamentar satisfactoriamente —y en este supuesto la carga argumentativa sería fuerte—, que ese jefe militar, a pesar de esto, podía ser considerado garante, no para aceptar la existencia de control efectivo, sino más bien su misma condición de superior jerárquico en ese caso concreto.

3. Conclusión

En el Acuerdo de Paz entre el Gobierno Colombiano y las FARC se incluyeron dos disposiciones relacionadas con la responsabilidad penal de jefes militares por las conductas de los subordinados, una con relación a miembros de la Fuerza Pública y otra sobre miembros de dicho grupo insurgente. Estas disposiciones se han implementado en el desarrollo normativo que ha tenido el Acuerdo, concretamente en el art. transitorio 24 AL 01 de 2017 para aquellos y en el art. 67 del proyecto de LE-JEP para éstos. No obstante, debido a la manera como se formularon, estas dos normas no pueden fundamentar autónomamente la responsabilidad penal de los jefes militares y obligan a acudir o bien al derecho interno o bien el DPI. Por esta razón, parecería más conveniente interpretarlas como un intento por hacer compatible el derecho penal nacional con el internacional, puesto que en estos dos ámbitos se regulan las mismas situaciones fácticas, aunque con diferencias importantes. Sin embargo, incluso esta alternativa resulta problemática, precisamente, dada la forma como fueron formuladas.

Tanto en el art. transitorio 24 AL 01 de 2017 como en el art. 67 del proyecto de LE-JEP se enuncian varios criterios que pretenden orientar en el marco del Acuerdo de Paz la determinación de responsabilidad penal de los jefes militares. Algunos de estos criterios coinciden con el derecho penal colombiano y con el DPI, tal como ocurre con la prohibición de fundamentar la responsabilidad penal solamente en la posición de mando o jerarquía, o con la necesidad de establecer la existencia de control efectivo conforme a las condiciones fácticas en las que se encontraba el jefe militar. Sin embargo, otros criterios son ambiguos o resultan contrarios, por ejemplo,

al ER. En este sentido, una interpretación estricta, sobre todo del art. transitorio 24, si bien podría estar en consonancia con el derecho penal interno, restringiría el ámbito de aplicación que tiene esta forma de responsabilidad en el DPI y especialmente en el ER, mientras que, fundamentar la responsabilidad penal de acuerdo con los estándares internacionales, por ejemplo, según el art. 28 (a) ER, no solamente implicaría pasar por alto el tenor literal del art. transitorio 24 y eventualmente el del art. 67, sino también traspasar los límites que se derivan del CPC.

Si se interpreta el elemento subjetivo previsto tanto en el art. transitorio 24 como en el art. 67 literalmente, se podría tratar sin mayores problemas la responsabilidad de los jefes militares conforme lo dispone el CPC. Pero esta interpretación se apartaría del art. 28 (a) ER, en la medida en que al menos los casos de desconocimiento negligente por parte del superior quedarían excluidos y, en todo caso, en otros supuestos de negligencia, aun existiendo conocimiento, no sería posible imputar a los jefes militares los tipos penales dolosos en los que hubieran incurrido los subordinados ni los tipos penales dolosos de omisión propia que permitirían sancionar el incumplimiento de los deberes de reprimir y denunciar. En cambio, si se acogiera jurisprudencialmente el estándar previsto en el art. 28 (a) ER, con el fin de evitar las críticas que podría generar la adopción de un criterio distinto a éste, se tendría que ignorar el tenor literal del art. transitorio 24 y del art. 67 y se podría llegar a desconocer los límites del CPC, al imputarle a los jefes militares tipos penales dolosos cometidos por otros, pero con fundamento en su propia negligencia.

Algo similar sucede con los criterios previstos en el inciso tercero del art. transitorio 24 para determinar la existencia de control efectivo. Aunque estos criterios en sí mismos no contrarían el DPI, menos aún si se tiene en cuenta la decisión de la Cámara de Apelaciones de la CPI en el caso Bemba, al ser presentados como requisitos concurrentes, sí se restringe considerablemente el alcance que la responsabilidad por el mando tiene de acuerdo con el DPI, aunque no necesariamente ocurriría lo mismo frente al derecho penal interno. Ante esta situación, o se interpreta literalmente el art. transitorio 24, lo cual no parece ser problemático a la luz, por ejemplo, del art. 25 CPC, pero también podría generar cuestionamientos al Estado colombiano por incumplir los compromisos adoptados al suscribir el ER, o se ignora su tenor literal para tratar este aspecto como lo indica el DPI, lo que a su turno podría generar dificultades para fundamentar la posición de garante en los términos del derecho penal colombiano.

Como consecuencia de estas dificultades es posible sostener que las disposiciones normativas de implementación del Acuerdo de Paz, relacionadas con la responsabilidad por el mando o del superior jerárquico, fracasan al intentar coordinar estos dos ámbitos. De ahí surge la pregunta sobre la pertinencia, no solo de incluir las disposiciones sobre este tema en el Acuerdo, sino también de adoptar tanto el art. transitorio 24 AL 01 de 2017 como el art. 67 del proyecto de LE-JEP. Es decir, independientemente de la manera como fueran formulados estos dos preceptos, probablemente no hubieran podido superar las tensiones existentes entre el derecho penal nacional y el internacional, ya que el problema parece radicar más bien en la falta de implementación adecuada y oportuna de los compromisos asumidos por el Estado colombiano al ratificar tratados internacionales, tales como el ER e incluso el PA I.

Bibliografía

- AMBOS, KAI, *Treatise on International Criminal Law. Volume I: Foundations and General Part*, Oxford, Oxford University Press, 2013.
- AMBOS; COTE (ed.), *Ley de Amnistía. Comentario completo y sistemático (Ley 1820 de 2016)*, Bogotá, Temis, 2019.
- COTE, GUSTAVO, "Responsabilidad del superior jerárquico y responsabilidad penal por omisión de miembros de la Fuerza Pública en Colombia: ¿convergencia entre el derecho penal nacional e internacional?", en *International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional* 28, enero-junio de 2016, pp. 49-112.
- CRYER, ROBERT; FRIMAN, HÅKAN/ROBINSON, DARRYL; WILMSHURTS, ELIZABETH, *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014.
- FERDINANDUSSE, WARD, *Direct Application of International Criminal Law in National Courts*, The Hague, TMC Asser Press, 2006.
- FORERO, JUAN CARLOS, *El delito de omisión en el nuevo Código Penal*, Bogotá, Legis Editores, 2002.
- HENCKAERTS, JEAN-MARIE; DOSWALD-BECK, LOUISE, *CUSTOMARY International Humanitarian Law Volume I: Rules*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009.
- HORDER, JEREMY, *Ashworth's Principles of Criminal Law*, Oxford, Oxford University Press, 2016.
- JAKOBS, GUNTHER, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Walter de Gruyter, Berlin et al., 1983.

- MAURACH, REINHART; GÖSSEL, KARL; ZIPF, HEINZ, *Strafrecht Allgemeiner Teil. Teilband 2: Erscheinungsformen des Verbrechens und Rechtsfolgen der Tat*, Heidelberg et al., C.F. Müller, 2014.
- MELONI, CHANTAL, "Mode of Liability for the Crimes of Subordinates or Separate Offence of the Superior?", en *Journal of International Criminal Justice* 5, 2007, pp. 619-637.
- MURMANN, UWE, *Grundkurs Strafrecht*, München, C.H. Beck, 2017.
- ROBINSON, DARRYL, "How Command Responsibility got so Complicated: a Culpability Contradiction, its Obfuscation, and a Simple Solution", en 13 *Melbourne Journal of International Law* 1, 2012, pp. 1-58.
- OLÁSOLO, HÉCTOR; CANOSA, JANNLUCK, "La Responsabilidad del Superior en el Acuerdo de Paz en Colombia a la luz del Derecho Internacional", en *Política criminal*, Vol. 13, N° 25, Julio 2018, p. 444-500.
- PORTILLA, GUILLERMO, "Responsabilidad penal omisiva de los superiores jerárquicos en el Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera de 24 de noviembre de 2016 de Colombia", en *Nuevo Foro Penal*, No. 28, enero-junio de 2017, p. 113-149.
- ROXIN, CLAUDIUS, *Strafrecht, Allgemeiner Teil. Band II: Besondere Erscheinungsformen der Straftat*, München, C.H. Beck, 2003.
- SANDOZ, YVES; SWINARSKI, CHRISTOPHE; ZIMMERMANN, BRUNO (ed.), *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*, Geneva, Martinus Nijhoff Publishers, 1987.
- SUÁREZ, CARLOS, "Responsabilidad del superior en Derecho Penal Internacional y la posibilidad de aplicación en Colombia", en *Derecho Penal Contemporáneo Revista Internacional* 54, enero-marzo de 2016, p. 91-142.
- TRIFFTERER, OTTO; ARNOLD, ROBERTA, "Article 28", en Triffterer/Ambos (ed.), *The Rome Statute of the International Criminal Court. A Commentary*, München, C.H. Beck et al., 2016, pp. 1056-1106.
- TRIFFTERER, OTTO, "Causality, a Separate Element of the Doctrine of Superior Responsibility as Expressed in Article 28 Rome Statute?" en *Leiden Journal of International Law* 15, 1, 2002, pp. 179-205
- United Nations War Crimes Commission, *Law Reports of Trials of War Criminals. Volume IV*, London, UNWCC, 1948.
- VELÁSQUEZ, FERNANDO, *Fundamento de Derecho Penal Parte General*, Medellín, Ediciones Jurídicas Andrés Morales, 2017.

Jurisprudencia internacional

CPI, Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo (No. ICC-01/05-01/08 A), Appeals Chamber, Judgment on the appeal of Mr Jean-Pierre Bemba Gombo against Trial Chamber III's "Judgment pursuant to Article 74 of the Statute", 8 de junio de 2018.

CPI, Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo (No.: ICC-01/05-01/08), Trial Chamber III, Judgment pursuant to Article 74 of the Statute, 21 de marzo de 2016.

CPI, Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo (No.: ICC-01/05-01/08), Pre-Trial Chamber II, Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against Jean-Pierre Bemba Gombo, 15 de junio de 2009.

CPI, Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo (No.: ICC-01/04-01/06), Pre-Trial Chamber I, Decision on the confirmation of charges, 29 de enero de 2007.

TPIR, Prosecutor v. Théoneste Bagosora et al. (Case No. ICTR-98-41-T), Trial Chamber I, Judgement and Sentence, 18 de diciembre de 2008.

TPIY, Prosecutor v. Enver Hadžihasanović Amir Kubura (Case No. IT-01-47-A), Appeals Chamber, Judgement, 22 de abril de 2008.

TPIY, Prosecutor v. Sefer Halilović (Case No. IT-01-48-A), Appeals Chamber, Judgement, 16 de octubre de 2007.

TPIY, Prosecutor v. Tihomir Blaškić (Case No.: IT-95-14-A), Appeals Chamber, Judgement, 29 de julio de 2004.

TPIY, Prosecutor v. Milorad Krnojelac (Case No.: IT-97-25-A), Appeals Chamber, Judgement, 17 de septiembre de 2003.

TPIY, Prosecutor v. Tihomir Blaškić (Case No. IT-95-14-T), Trial Chamber, Judgement, 3 de marzo de 2000.

TPIY, Prosecutor v. Zlatko Aleksovski (Case No.: IT-95-14/1-T), Trial Chamber, Judgement, 25 de junio de 1999.

TPIY, Prosecutor v. Zejnil Delalić et al. (Case No.: IT-96-21-T), Trial Chamber, Judgement, 16 de noviembre de 1998.

Jurisprudencia colombiana

Corte Constitucional, sentencia C-080 del 15 de agosto de 2018.

Corte Constitucional, sentencia C-674 del 14 de noviembre de 2017.

Corte Constitucional, sentencia C-578 del 30 de julio de 2002.

Corte Constitucional, sentencia SU-1184 del 13 de noviembre de 2001.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 5 de diciembre de 2018 (radicación: 50236).

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 9 de mayo de 2018 (radicación: 45889).

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 11 de abril de 2018 (radicación: 52026).

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 5 de julio de 2017 (radicación: 47950).

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 23 de noviembre de 2016 (radicación: 44312).

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 27 de enero de 2016 (radicación: 44462), apartado 1.1. de las consideraciones de la Corte.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 26 de febrero de 2014 (radicación: 42428).

Otros documentos

Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera, en: <http://www.altocomisionadoparalapaz.gov.co/procesos-y-conversaciones/Documentos%20compartidos/24-11-2016NuevoAcuerdoFinal.pdf> (última consulta: 8 de mayo 2019).

Ambos, Kai, "La absolución de Jean Pierre Bemba y la responsabilidad del Superior", en *Semana online*, 15 de junio de 2018, en: <https://www.semana.com/opinion/articulo/la-absolucion-de-jean-pierre-bemba-y-la-responsabilidad-del-superior-columna-de-kai-ambos/571182> (última consulta: 8 de mayo de 2019).

Justice Monitor: <https://www.ijmonitor.org/jean-pierre-bemba-gombo-background/> (última consulta: 8 de mayo de 2019).

"Los generales temen a la JEP", en *Revista Semana*, 25 de febrero de 2017, en: <https://www.semana.com/nacion/articulo/proceso-de-paz-militares-temen-ser-juzgados-en-la-jep/516654> (última consulta: 8 de mayo de 2019).

OTP, Escrito de amicus curiae de la Fiscal de la Corte Penal Internacional sobre la Jurisdicción Especial para la Paz Ante la Corte Constitucional de la República de Colombia, 18 de octubre de 2017

Sadat, Leila, "Fiddling While Rome Burns? The Appeals Chamber's Curious Decision

in Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo”, en EJIL TALK! Blog of the European Journal of International Law, 12 de junio de 2018, en: <https://www.ejiltalk.org/fiddling-while-rome-burns-the-appeals-chambers-curious-decision-in-prosecutor-v-jean-pierre-bemba-gombo/> (última consulta: 8 de mayo de 2019).

United Nations, Security Council, Report of the Secretary-General pursuant to paragraph 2 of the Security Council Resolution 808 (1993), 3 de mayo de 1993, S/25704.

United Nations, Security Council, Report of the Secretary-General pursuant to paragraph 5 of the Security Council Resolution 955 (1994), 13 de febrero de 1995, S/1995/134.

Uprimny, Rodrigo, “Responsabilidad del mando y JEP: un debate complejo y polarizado”, en: portal de noticias La Silla Vacía, 27 de febrero de 2017, en: <https://lasillavacia.com/blogs/responsabilidad-del-mando-y-jep-un-debate-complejo-y-polarizado-59906> (última consulta: 8 de mayo de 2019).